This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

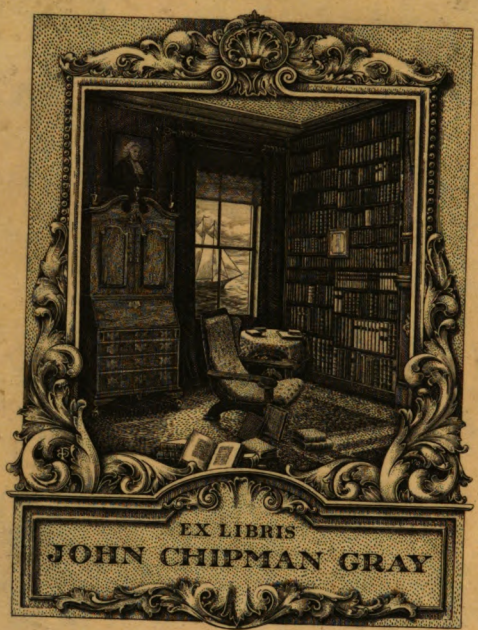
About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 206 983

Digitized by Google

B.



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

GERMANY

Die Besitzklagen

des

römischen und heutigen Rechts

von

Dr. Carl Georg Bruns,

Geheimen Justizrathe und Professor in Berlin.

Weimar,

Hermann Böhlau.

1874.

Digitized by Google

For N
B 899be

APR 6 1933

4/6/33

Digitized by Google

Meinem Freunde

Rudolph von Jhering.

Geheimen Justizrathe und Professor in Göttingen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Deine Beiträge zur Lehre vom Besitze haben mich zu dieser Schrift veranlaßt. Du hast mich nicht zu Deiner neuen Lehre bekehrt, wohl aber zu neuer Prüfung der alten Lehre angeregt, und dabei habe ich mich überzeugt, daß diese in der That nicht zu halten ist. Sie ruht auf falschen Grundlagen und führt darum zu Resultaten, die dem wirklichen Leben und der Praxis nicht entsprechen. Der Fehler liegt aber nicht im römischen Rechte, sondern in unserer Auffassung desselben. Die Abhülfe ist darum, wenigstens in der Hauptsache, auch nicht in den Gestaltungen des Mittelalters zu suchen, sondern unmittelbar im römischen Rechte selber. Unsere Theorie desselben bedarf gerade in den Grundlagen mehrfach wesentlicher Berichtigung. Deine Kritik hat diese Mängel aufgedeckt, und darum glaube ich meinen Versuch eines Neubaues trotz vieler Polemik gegen Dich, die dabei unerläßlich war, als Freundesgabe Dir widmen zu dürfen. Es ist aber keine Recension Deiner Schrift, die ich Dir überreiche, vielmehr bewegt sich meine Schrift großen Theils in ganz anderen Fragen, als die Deinige, so enge auch beide zusammenhängen. Ebensowenig habe ich eine

Digitized by Google

compendienmäßige Gesammtdarstellung der Lehre liefern wollen. Es handelte sich mir nur darum, die Haupt- und Grundfragen, auf denen alles beruht, in ihren Principien genau festzustellen. Historische Grundlagen sind dabei überall wesentliche Voraussetzung, das eigentliche Ziel waren mir aber stets feste Resultate für die praktische Anwendung. Unsere Praxis schwankt principlos hin und her, sie wird von einem richtigen Takte getrieben, vermag aber keinen festen Boden zu gewinnen. Auch die neueren Gesetzbücher haben die Schwierigkeiten nicht gelöst, daher ist namentlich die preußische Praxis nicht weniger unsicher, wie die gemeinrechtliche.

Deiner Zustimmung in dieser allgemeinen Tendenz meiner Schrift bin ich sicher, und eine freundliche Aufnahme meiner Widmung wirst Du mir daher bei aller Meinungsverschiedenheit nicht versagen; ob auch meine Ansichten selber Deinen Beifall finden werden, ist mir zweifelhafter, jedenfalls aber hoffe ich, daß Deine Kritik, um die ich Dich bitte, die Sache selber wieder erheblich weiter fördern wird.

Berlin, Weihnachten 1873.

Georg Bruns.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Erster Abschnitt. Interdictum Uti Possidetis.

§. 1. Präjudicialklagen über den Besitz 1
§. 2. Provisorische Eigenthumsregulirung? 7
§. 3. Ursprung des Interdicts 17
§. 4. Das Erforderniß der vis 26
§. 5. Vis ex conventu 34
§. 6. Vim fieri veto 43
§. 7. Umwandlung des Interdicts im Justinianischen und heutigen Rechte 48
§. 8. Das praktische Princip des Interdicts 59
§. 9. Consequenzen des Princips 66
§. 10. Schluß 83

Zweiter Abschnitt. Interdictum Unde Vi.

§. 11. Die angebliche actio momentariae possessionis 84
§. 12. Der Umfang des Interdicts 134

Dritter Abschnitt. Interdictum Utrubi.

§. 13. Das alte Interdict 167
§. 14. Die Umwandlung des Interdicts 173

Vierter Abschnitt. Interdictum Quod Precario.

§. 15. Nicht possessorisch 180

Fünfter Abschnitt. Condictio possessionis.

§. 16. Einleitung 185
§. 17. Der Vermögenswerth des Besitzes 189

Digitized by Google

Seite
§. 18. Das Gebiet der Besitz-Condictionen 199
§. 19. Klagegrund und Einreden 202

Sechster Abschnitt. Actio spolii.

§. 20. Petitorisch oder possessorisch? 212
§. 21. Kläger 226
§. 22. Verklagter 246
§. 23. Gegenstand 249
§. 24. Klagegrund 250
§. 25. Einreden 259

Siebenter Abschnitt. Der Grund des Besitzesschutzes.

§. 26. Moderne Theorien 263
§. 27. Römische Theorie 281

Quellenregister 300

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Interdictum UTI POSSIDETIS

§ 1.

Präjudicialklagen über den Besitz.

Es ist ein Verdienst von Ihering, das practische Bedürfniß einer rein präjudicialen Besitzklage erkannt und ihre allgemeine Möglichkeit bestimmt gefordert und begründet zu haben[1]). Schon längst zwar hatte man dem interdictum Uti Possidetis insofern einen präjudicialen Charakter beigelegt als dasselbe zur Entscheidung über den Besitzstand behufs Ordnung der Parteirollen bei der Vindication dienen soll. Mit Recht macht aber Ihering geltend, daß auch ohne Vindication ein rein präjudicialer Streit über den Besitzstand entstehen kann, und daß dieser dann auch ohne Gewalt und Thätlichkeit durch rein präjudicialen Proceß müsse erledigt werden können. Von den Beispielen, die er anführt, könnte man zwar das erste, wenn bei bedingter Tradition der Empfänger später im Widerspruch mit dem Geber den Eintritt der Bedingung behauptet, wohl in eine Entziehung des Besitzes auflösen; unzweifelhaft aber ist das zweite, wenn bei Detention der Sache

1) Beiträge zur Lehre vom Besitz, in d. Jahrb. für die Dogmatik des röm. und deutschen Privatrechts, Bd. 9. S. 78—80. Die Abhandlung ist auch selbständig herausgegeben unter dem Titel: Ueber den Grund des Besitzesschutzes, und zwar in zweiter Auflage mit Zusätzen 1869. Die citirte Stelle steht hier S. 92—95.

Digitized by Google

von einem Vertreter es streitig ist, welche von zwei Personen der eigentliche Besitzer sei. Ueberhaupt aber gehören alle Fälle dahin, wo ein Verhältniß des Besitzers als solchen zu Dritten in Frage steht, während zweifelhaft ist, wer im Besitze sei.

Die ganze Idee ist nun aber von Ihering dadurch getrübt, daß er sie in Verbindung mit seiner allgemeinen Ansicht vom Besitze und seiner Auffassung vom interd. U. P. bringt, sie als ein neues Ergebniß derselben hinstellt, und eine Art Bestätigung und Beweis für deren Richtigkeit darin finden will. Er sagt zunächst vom interd. U. P.: „es ist der Prüfstein einer jeden Besitztheorie. Wer sich genöthigt sieht, das Erforderniß der Gewalt in dasselbe hinein zutragen, hat damit bekundet, daß seine Theorie dem römischen Rechte nicht entspricht. Schwerer wiegt, daß eine solche Theorie auch dem practischen Bedürfnisse nicht gerecht wird; denn letzteres fordert die Möglichkeit einer Präjudicialklage über den Besitz." Dann verbindet er dies mit seiner Besitztheorie: „Bezweckt der Besitzesschutz in Wahrheit die Erleichterung des Eigenthumsschutzes, so erfordert die Consequenz, ihn nicht blos da zuzulassen, wo der Besitz verletzt, sondern auch da, wo er zwischen den Parteien streitig ist", und sagt zuletzt von dem Antrage bei der Präjudicialklage: „In diesem Antrage erscheint die Besitzesfrage rein und unverfälscht ohne alle Beimischung des Momentes der Gewalt, und der Besitz als das, wofür ich ihn ausgebe, als eine Position von vermögensrechtlichem Interesse."

Durch dieses alles wird die Präjudicialklage in ein schiefes Licht gebracht. Begriff und Bedürfniß der Präjudicialklage über das Dasein des Besitzes ist von der römischen Behandlung des int. U. P. völlig unabhängig und nicht weniger auch davon, ob der Besitzesschutz eine Erleichterung des Eigenthumsschutzes bezweckt, oder sonst irgend etwas. Eine Präjudicialklage hat an sich überhaupt gar keine andere Bedeutung, als eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob ein gewisser fac-

Digitized by Google

tischer oder rechtlicher Zustand bestehe oder nicht, beim Besitze also, ob Jemand faktisch im Besitze einer Sache sei oder nicht. Welche Folgen der betreffende Zustand hat, und zu welchem Zwecke man die Entscheidung darüber haben will, ist für die Präjudicialklage als solche völlig gleichgültig. Beim Besitze namentlich ist es an sich völlig gleichgültig, ob man die Entscheidung haben will, um einen Antrag auf Schutz gegen Gewalt darauf zu gründen, oder um dadurch in die Beklagtenrolle beim Eigenthumsprocesse zu kommen, oder um den Ablauf einer Usucapion darauf zu stützen, oder um sie in Fällen, wie die von Ihering hervorgehobenen, zu benutzen u. s. w., und noch viel gleichgültiger ist es im ersten Falle, wenn man Schutz gegen Störung verlangt, warum man diesen Schutz bekommt, ob der Grund in der Erleichterung des Eigenthumsschutzes liegt, oder im Schutze der Persönlichkeit, oder im Verbote der Selbsthülfe oder sonst in etwas. Wie man sich das denken mag, immer setzt der Schutz des Besitzes den Besitz selber voraus, und insofern eine Präjudicialentscheidung darüber, ob er da sei oder nicht. Die Entscheidung ist dann aber an sich gar keine andere, als wenn sie in andern Fällen zu andern Zwecken gefordert wird. Wenn Ihering sagt, der Besitz „erscheine" bei der Präjudicialklage rein und unverfälscht als eine „Position von vermögensrechtlichem Interesse", so ist das ganz unzweifelhaft richtig, falls er dabei unter „Position" nichts anderes als Verhältniß versteht, dann ist aber im Grunde damit gar wenig gesagt; meint er aber dasselbe, was er anderwärts „Eigenthumsposition" nennt, so ist es unrichtig, denn in der Präjudicialentscheidung über den Besitz „erscheint" überhaupt gar nichts weiter, als das factische Dasein des Besitzes selber. Nur darüber wird gestritten, nur darüber wird entschieden, die ganze Bedeutung des Besitzes, so weit sie in seinen Folgen und Wirkungen liegt, bleibt völlig aus dem Spiele.

Man mache sich klar, daß in der Klage auf Schutz im

Digitized by Google

Besitze implicite stets von selber eine Präjudicialklage über den Besitz enthalten ist. Verletzung des Besitzes und Schutz dagegen ist nur möglich, wenn Besitz da ist. Das Dasein des Besitzes ist daher Voraussetzung, also Vorfrage (praeiudicium), für die Frage nach seinem Schutze. Man kann jede Besitzklage danach in Vorfrage und Nachfrage zerlegen. Das Verhältniß wird nur dadurch verdeckt, daß beide Fragen formell nicht getrennt werden, sondern in Einem Processe verbunden bleiben. Trennt man sie, so hat man von selber die Präjudicialklage über den Besitz. Ihre Möglichkeit hängt also hier nur davon ab, ob eine solche Trennung processualisch zulässig ist, oder nicht; ist sie aber hier zulässig, so muß sie es auch bei den andern Folgen des Besitzes sein. Sie hängt also nicht von der Besitztheorie und dem Grunde des Besitzschutzes ab, sondern lediglich davon, ob der Richter verpflichtet ist, das Dasein eines zweifelhaften Besitzes zu untersuchen, auch ohne daß eine Verletzung desselben behauptet und Schutz dagegen verlangt wird. Die Frage ist also nicht eine Frage des Besitzsystemes sondern des Proceßsystemes.

Die Frage ist daher im Principe identisch mit der nach der allgemeinen Zulässigkeit von Präjudicialklagen, namentlich beim Eigenthume, beim Erbrechte und ähnlichen Fällen. Die Analogie vom Eigenthume liegt besonders nahe. Man denkt sich die Eigenthumsklage zunächst nur als die Klage des nicht besitzenden Eigenthümers gegen den besitzenden Nichteigenthümer auf Herausgabe der Sache. Darin ist wie bei der Klage auf Schutz im Besitze zweierlei verbunden. Das Eigenthum an sich und seine Verletzung durch den fremden Besitz, das Urtheil soll die Zuerkennung des erstern und die Verurtheilung des Verklagten aus dem letzteren enthalten. Dabei ist die erstere Frage rein präjudicial. Nach der gewöhnlichen Theorie ist nun eine Eigenthumsklage nicht anders möglich, als mit Verbindung beider Fragen. Allein warum? Warum

Digitized by Google

soll die erste Frage nicht auch ohne die zweite möglich sein und entschieden werden können? Warum soll ein Besitzer, dessen Eigenthum von einem andern bestritten wird, nicht, statt diesen zur Vindication zu provociren, direct mit ihm einen rein präjudicialen Proceß darüber führen können, wer von beiden Eigenthümer sei, falls er nur bereit ist, die Beweislast zu übernehmen. Der Fall ist mir vorgekommen. Oder: wenn zwei Nichtbesitzer das Eigenthum einer Sache behaupten, die im Besitze eines dritten ist, warum sollen sie nicht, um eine vergebliche Vindication zu vermeiden, erst unter einander eine Entscheidung herbeiführen können, wer von ihnen Eigenthümer sei? Ganz dasselbe ist bei der Erbschaftsklage, wenn z. B. zwei Intestaterben gegen den besitzenden Testamentserben auftreten, zugleich aber auch unter einander im Streite über ihr Erbrecht sind. In allen solchen Fällen hat man die Präjudicialklage ganz so wie beim Besitze. Auch die Fälle, die Ihering[1]) für die Klage beim Besitze anführt, können ebenso auch beim Eigenthume vorkommen. Ein besonders wichtiger Fall ist außerdem der der Principal-Intervention. Hier ist die Klage des Intervenienten dem bisherigen Kläger gegenüber stets eine Präjudicialklage, eine eigentliche Vindication wäre gegen ihn, da er nicht besitzt sondern selber erst auf den Besitz klagt, gar nicht möglich.

Die Frage ist also ganz allgemein; ob überhaupt bei allen rechtlichen oder factischen Zuständen bloße Präjudicialklagen über ihr Dasein zulässig sind, sobald die Parteien ein Interesse haben, sie selbständig entschieden zu sehen, oder ob der wirkliche Prozeß der Regel nach nur für die reale Durchsetzung der Rechte zugelassen ist, also nur wenn der Gegner das Recht des Klägers reell in Abrede stellt und seiner Pflicht gegen ihn thatsächlich nicht nachkommt.

---

1) Beiträge, S. 78–9. Besitzesschutz, S. 93—4.

Digitized by Google

Die Frage ist bestritten und kann hier nicht vollständig erörtert werden. Windscheid[1]) hält die allgemeine Zulässigkeit für zweifellos; daß indessen im römischen Rechte praeiudicia doch nur beschränkt und in bestimmten Fällen zugelassen sind, ist namentlich von Bekker[2]) dargethan. Die heutige Praxis ist aber der allgemeinen Zulassung jedenfalls sehr geneigt, und dieses hat in den neuesten Gesetzentwürfen für den Civilproceß vollständige Anerkennung gefunden. Schon in dem preußischen Entwurfe von 1864 war in §. 224 die Bestimmung aufgenommen:

„Ein Anspruch kann im Wege der Klage auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung geltend gemacht werden, sofern der Kläger ein rechtliches Interesse hat, daß der Anspruch alsbald festgestellt wird; insbesondere kann u. s. w.[3])

Die Commission für die Proc.-Ordn. des Norddeutschen Bundes hat diese Bestimmung im Entwurfe von 1870 §. 179 in folgender Fassung mit aufgenommen:

„Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses — kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß — durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde."

Diese Bestimmung ist dann unverändert auch im Reichsentwurfe von 1871 §. 210 und von 1872 §. 218 beibehalten.

Unzweifelhaft hat man den Besitz mit zu den hier genannten „Rechtsverhältnissen" zu zählen, somit würde bei der Annahme des Entwurfes in Zukunft die Zulässigkeit präjudicialer Besitzklagen unbestrittenes Reichs- und gemeines Recht werden. Daß damit aber irgend etwas über die Na-

1) Die Actio des römischen Civilrechts. S. 17. 18.

2) Die Actionen des römischen Privatrechts, 1, 283—291. Vgl. Bülow, de praeiudicialibus formulis. p. 20. n. 67.

3) Ueber die Begründung s. die Motive zu dem Entwurfe, S. 49. 50.

Digitized by Google

tur des Besitzes und den Grund seines Schutzes entschieden sein würde, wird Ihering selber gewiß nicht behaupten wollen.

§. 2.
Provisorische Eigenthumsregulirung?

Eine wesentlich verschiedene Frage ist die, ob bereits im römischen Rechte das interd. U. P. eine Präjudicialklage über den Besitz gebildet hat?

Daß das Interdict seiner processualischen Form nach nicht zu den praeiudicia oder praeiudiciales actiones gehört hat, liegt zwar schon in seinem Namen, vereinbar damit wäre jedoch, daß es der Sache und dem practischen Zwecke nach einen nur präjudicialen Character gehabt hätte. Bekanntlich ist dies oft behauptet und in neuerer Zeit namentlich von Vangerow[1]) vertheidigt; in neuer Wendung wird die Ansicht jetzt wieder von Ihering aufgestellt. Dieser will sie zur Bestätigung seiner Besitztheorie benutzen und daraus beweisen, daß der Besitz eine „Eigenthumsposition" sei und sein Schutz nur eine Erleichterung des Eigenthumsschutzes bezwecke. Er geht daher weiter als Vangerow und sieht in dem Interdicte nicht nur eine Regulirung des Besitzes als solchen, sondern glaubt, daß „die Idee einer provisorischen Regulirung des Eigenthumsverhältnisses ihm das Leben gegeben habe", und behauptet, daß es ganz direct „den Besitz unter dem Gesichtspunkte einer Eigenthumsposition erfasse"[2]).

Er stellt bei der Begründung dieser Idee folgende Frage als die eigentlich maßgebende an die Spitze: „ist es Zweck jener Interdicte gewesen, diese Personen (Räuber, Diebe u. dgl.) in gleicher Weise des Schutzes für würdig zu erklären, wie den Eigenthümer, oder ist der Besitzesschutz berechnet auf den Eigenthümer, die Erstreckung desselben auf die genannten Per-

1) Pandekten, §. 336.
2) Beiträge, S. 65. Besitzesschutz, S. 78.

Digitized by Google

sonen aber nur eine unvermeidliche Consequenz?“[1]) Die Ausführung sucht dann nachzuweisen, daß die Quellen bei dem Interdicte, wie beim Besitze überhaupt, immer eigentlich den Eigenthümer im Sinne haben und in dem Besitzer eigentlich nur den Eigenthümer schützen wollen. Ich kann dem nicht beistimmen, glaube aber vor allem, daß durch die obige Fragstellung der ganze Standpunkt der Beurtheilung verrückt wird. Noch Keinem ist es eingefallen, den Zweck der Interdicte darin zu setzen, daß die Räuber und Diebe geschützt werden sollen; wer den Besitz als solchen schützen will, was er auch für einen Grund annehmen mag, sagt immer nur, daß, wenn der Besitz als solcher geschützt werde, es auf das Recht zum Besitze nicht ankomme, und folglich dann selbst der Dieb geschützt werden müsse, eben weil er auch Person sei und besitze und für den Schutz des Besitzes eben weiter nichts in Betracht komme. Das heißt aber doch nicht, der Schutz der Diebe werde als Zweck gesetzt! Es ist eine reine petitio principii, wenn man fragt, ob die Diebe oder die Eigenthümer geschützt werden sollten. Denn es ist noch eine dritte Möglichkeit, nämlich die, daß man keinen von beiden schützen wollte, daß man vielmehr von der Qualification der Besitzer überhaupt ganz abstrahirte, schlechthin nur den Besitz als solchen ins Auge faßte, daher schlechthin nur den Besitzer als solchen schützen wollte, ohne Rücksicht ob er Dieb oder Eigenthümer sei, mit Einem Worte, daß man nicht annahm, der Besitz sei eine Eigenthumsposition, sondern vielmehr von dem Principe ausging: iusta an iniusta possessio sit, in hoc interdicto nihil refert, qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possidet, plus iuris habet, quam ille qui non possidet[2]).

Ich lasse danach die obige Alternative vollständig bei Seite und fasse nur die einzelnen Elemente der Beweisfüh-

1) Beiträge, S. 64. Besitzesschutz, S. 77.
2) L. 2. Uti possidetis.

Digitized by Google

rung selber ins Auge. Hier leitet nun Ihering zunächst das Interdict aus der alten Vindicienertheilung ab[1]): das „historische Successionsverhältniß liege offen auf der Hand," die Vindicien hätten aber nicht blos Besitz sondern interimistisches Eigenthum gegeben, wie man daraus sehe, daß noch in den Pandekten bei der Eigenthums- und Erbschaftsklage von dem Besitzer, der dem Kläger Caution gestellt habe, gesagt werde:

possessor, qui petitori satisdedit, interim domini loco habetur[2]).

Dabei scheint mir, abgesehen von dem historischen Successionsverhältnisse, was erst weiter unten besprochen werden kann, jedenfalls Eines übersehen zu sein, nämlich die Bedeutung der Caution, die der Besitzer hier wie bei den alten Vindicien stellt, von der aber bei der Zuerkennung des Besitzes durch das Interdict keine Rede ist. Das „domini loco habetur" beruht wesentlich auf dieser Caution, diese vertritt dem Kläger gegenüber das Object und giebt darum dem Besitzer, wenn er sie geleistet, bei der Erbschaftsklage sogar das Recht zu Veräußerungen[3]). Es ist dasselbe Princip, wie bei der cautio Muciana, wo der Cavent volles Eigenthum bekommt nach dem Satze „caventem implere conditionem". Ohne die Cautionsleistung ist nicht der mindeste Anhalt zur Annahme eines „provisorischen Eigenthums", sondern es bleibt nur der nackte factische Besitz. Nur dessen Feststellung sehen auch die Institutionen[4]) als Zweck und Gegenstand des Interdicts an, wenn sie bei der Regulirung der Parteirollen durch das Interdict einerseits den Grund nur darin setzen:

quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat alius a possidente petat,

---

1) Beiträge, S. 61—2. Besitzesschutz, S. 75—6.
2) L. 15. §. 2. de quaestion. 48, 18.
3) L. 5. de H. P.
4) §. 4. I. de interdictis.

Digitized by Google

und anderseits die Wirkung des Besitzes, das commodum possidendi, darin:

quod, etiamsi res eius non sit, qui possidet, si modo acto non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio.

Das heißt nicht, beim Streite um das Eigenthum müsse dieses provisorisch regulirt werden, und dann gelte der Besitzer einstweilen als Eigenthümer (domini loco habetur), sondern vielmehr: auch der entschiedene Nichteigenthümer hat als bloßer Besitzer blos aus dem Besitze als solchen einfach das Recht, den Besitz zu behalten, bis ein Recht gegen ihn nachgewiesen wird. Das ist aber eben der Standpunkt des reinen Besitzes.

Zum weiteren Beweise beruft sich Ihering darauf, daß die Beziehung der possessorischen Interdicte zum Eigenthumsstreite in den Quellen, und zwar bis zu den Basiliken hinab, stets wiederkehre, und das Possessorium und Petitorium geradezu als Stücke eines und desselben Rechtsstreites bezeichnet werden[1]). Beide Thatsachen sind an sich unzweifelhaft richtig, aber was daraus für Iherings Beweis folgen soll, ist mir nicht recht klar geworden. Besitz und Eigenthum stehen als factische und rechtliche Herrschaft, wie man die erstere auch näher bestimmen mag, durch ihren Begriff und Inhalt von selbst in einer so nahen Beziehung zu einander, daß mit einem Streite über den Besitz allerdings in der Regel ein Streit über das Eigenthum verbunden sein wird. Der Besitz giebt einstweilen den factischen Genuß und das commodum possidendi: darum wird, wer das Eigenthum behauptet, stets womöglich auch den Besitz behaupten und zunächst daraus klagen; anderseits muß der Besitzer, um sich nicht für die Vindication zu präjudiciren, jedenfalls negativ das Eigenthum

1) Beiträge, S. 65—67. Besitzesschutz, S. 78—81.

Digitized by Google

des Gegners bestreiten, wird aber schon in Rücksicht auf dritte, in der Regel auch positiv das Eigenthum für sich behaupten. Dazu kommt, daß beim Grundeigenthume bei allen Gränzländereien fast immer die Alternative ist, daß nur entweder der eine oder der andere der Eigenthümer sein kann. Das alles macht die Verbindung von Besitzes- und Eigenthumsstreit sehr natürlich zur factischen Regel. Aber wie soll daraus folgen, daß im Besitzer eigentlich der Eigenthümer geschützt werden solle? Wenn das Eigenthum streitig und zweifelhaft ist, wie kann man denn dann im Besitzer den Eigenthümer treffen wollen? Ist denn irgend eine Wahrscheinlichkeit oder Präsumtion da, daß der Besitzer in der Regel der Eigenthümer sei? Ihering beruft sich darauf, daß im Leben der Besitz in der Regel in den Händen des Eigenthümers sei, kaum 1/10 Procent aller existirenden Sachen sei im Besitze von Nichteigenthümern [1]). Ich will das für die gewöhnlichen friedlichen Verhältnisse zugeben. Wollte man es aber auch auf die Fälle anwenden, wo das Eigenthum streitig ist, so wäre ja das Resultat, daß 9/10 Procent aller Vindicationen unbegründet wären, man käme also zu der widersinnigen Präsumtion, daß bei Vindicationen der Kläger in der Regel Unrecht hätte. Gerade weil der Besitzstand beim Eigenthumsstreite in der Regel zweifelhaft ist und darum, wie schon die Römer sagen, „plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione", kann man hier auf den zufälligen wirklichen Besitzstand gar kein Gewicht für die Wahrscheinlichkeit des Eigenthums legen. Hier im Besitzer den Eigenthümer schützen wollen, wäre ein Zielen mit verbundenen Augen, wobei man gerade ebenso gut den unrechten wie den rechten treffen kann. Der Zweck, den Eigenthümer zu schützen, würde sich eben so oft in sein Gegen-

1) Beiträge, S. 55—56 Besitzesschutz, S. 61—62.

Digitized by Google

theil verkehren, man würde den Gegner schützen und damit den Eigenthümer schädigen. Daher muß ich es ganz direct läugnen, wenn Ihering a. a. O. sagt: „Der entwickelten Auffassung entspricht auch der Erfolg, regelmäßig ist es der wirkliche Eigenthümer, dem der Besitzesschutz zu Gute kommt." Das ist einfach nicht wahr oder wenigstens völlig unbestimmbar. Ein solches reines Hasardiren ist aber nicht geeignet, die Grundlage für ein Rechtsprincip abzugeben[1]). Keinenfalls haben die Römer je daran gedacht, beim interd. U. P. den Besitz als Eigenthumsposition zu erfassen und in dem zufälligen Besitzer eigentlich nur den Eigenthümer schützen zu wollen. Das tritt schon bei der so oft wiederholten Hervorhebung des Gegensatzes von Besitz und Eigenthum deutlich hervor. Hier wird der Besitz stets als eine Sache des Zufalls behandelt, die eben so gut beim Nichteigenthümer als beim Eigenthümer sein kann und eben darum ganz von der Eigenthumsfrage getrennt werden muß. So wird namentlich in der Hauptstelle über die „causa proponendi" des Interdicts in L. 1. §. 2. U. P., diese keineswegs in die Verbindung von Eigenthum und Besitz gesetzt, sondern umgekehrt darin, „quod separata esse debet possessio a proprietate", und dabei als Grund hinzugefügt:

fieri enim potest, ut alter possessor sit dominus non sit, alter dominus quidem sit possessor vero non sit, fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

Auf demselben Standpunkte beruht es, wenn gesagt wird: „nihil commune habet proprietas cum possessione", und daraus dann die Möglichkeit gefolgert wird, beliebig vom Interdict zur Vindication überzugehen oder umgekehrt;[2]) ferner wenn gerathen wird, man solle vor der Vindication doch erst

1) Mehr darüber s. unten im siebenten Abschnitte §. 26.
2) L. 1. §. 2. U. P.

Digitized by Google

sehen, ob man nicht etwa mit einem Interdicte durchkommen könne[1]). Dazu kommt endlich der schon oben S. 8 angeführte Ausspruch, daß auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes beim interd. U. P. nichts ankomme, weil der Besitzer als solcher aus dem Besitze selber ein Recht auf Schutz habe[2]).

In allen diesen Stellen ist die Zufälligkeit des Besitzes, seine Unabhängigkeit vom Eigenthume, aber auch die selbständige Kraft, die er in sich selber trägt, so direct und allgemein ausgesprochen, daß man sehr bestimmte Gegenäußerungen haben müßte, um Iherings Idee mit ihnen zu vereinigen. Ihering führt L. 8. de vi an:[3])

Fulcinius dicebat, vi possideri, quotiens vel non dominus, cum tamen possideret, vi deiectus est.

Darin liege, daß das normale Verhältniß bei den Interdicten das sei, daß der Eigenthümer sie anstellt; denn mit der Hervorhebung des Nichteigenthümers drücke der Jurist aus, daß „er sich als den, für den das Interdict eigentlich bestimmt ist, den Eigenthümer denkt." Ich kann dem nicht beistimmen. Die Stelle spricht, wie die Inscription zeigt, ursprünglich überhaupt gar nicht vom interd. Unde Vi, sondern von der Usucapion und von dem Usucapionsverbot bei den res vi possessae.[4]) Sie sagt, daß das „vi possideri" und insofern das Usucapionsverbot allgemein zu nehmen sei, nicht blos wenn der Eigenthümer dejicirt sei, sondern bei jeder Dejection eines Besitzers. In den Pandekten ist die Stelle zwar in den Titel über das int. U. V. gestellt, indessen ändert das natürlich an der Bedeutung des in

1) L. 24. de R. V.

2) L. 2. U. P.

3) Beiträge, S. 68. Besitzesschutz, S. 82.

4) Die Stelle ist von Paulus aus Lib. 54 ad edictum. Aus diesem ist auch die ganze lange Ausführung in L. 1 und 3. de usuc., während die Interdicte von Paulus erst in Lib. 63—67 behandelt sind.

Digitized by Google

ihr enthaltenen Ausspruches für die römische Wissenschaft nichts und kann ihr jedenfalls für das interd. U. V. keine andere Bedeutung geben, als die, welche beim int. U. P. der Satz hat: „iusta an iniusta sit poss." etc. So wenig man aus diesem folgern kann, daß eigentlich nur die iusta p. geschützt werde, so wenig ist es dort zulässig. Bei beiden soll nur der possessorische Charakter des Interdicts hervorgehoben werden und jeder Gedanke an ein Erforderniß der Rechtmäßigkeit des Besitzes beseitigt werden.

Eine andere Stelle, auf die sich Ihering beruft[1]), ist L. 5. C. de poss.:

Quum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus causa accedente excolendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri dominii tui ius convelli non sinet.

Hier will er die Schlußworte von einem „dem Imploranten in Aussicht gestellten Besitzesschutze" verstehen, indem er sagt: „der Besitzesschutz gehört zum ius dominii, eine Entziehung desselben würde den Eigenthumsschutz beeinträchtigen." Nun ist es aber eine harte Zumuthung, aus dem „ius dominii" den Besitzesschutz herauszulesen, der in der Stelle sonst gar nicht angedeutet ist, dessen Mangel ja auch gar kein „dominium convellere" sein würde, und bei dem man gar nicht einsieht, wozu Justinian seine Gesetze über die Untreue der Stellvertreter im Besitze erlassen hat, wenn die Sache schon zu Diocletians Zeit so einfach geordnet gewesen wäre. Noch Niemand, von den Basiliken bis auf unsere Zeit, so viele auch über die Stelle geschrieben haben, ist darauf verfallen. Zur Rechtfertigung beruft sich Ihering auf drei Gründe: die Titelüberschrift „de acquirenda et retinenda pos-

1) Beiträge, S. 68. Besitzesschutz S. 81.

Digitized by Google

sessione", die Anwendung der Regel „nemo sibi causam" etc. und die Plattheit des Gedankens, den der reine Wortlaut der Stelle gebe, nämlich daß der Pächter den Verpächter nicht um sein Eigenthum bringen könne. Allein der erste Grund erklärt sich aus dem zweiten, und die Regel nemo sibi causam etc. zeigt, daß es sich hier nicht um die Interdicte sondern um die Usucapion handelt, und damit erledigt sich der dritte Grund von selber [1]).

Ein großes Gewicht legt Ihering [2]) endlich noch darauf, daß der Erbe mit der hereditatis petitio nicht nur die Sachen einfordern kann, die dem Erblasser gehört haben, sondern auch die, die er nur im Besitz gehabt hat, und die nach seinem Tode aus der Erbschaft weggenommen sind. Die Erbschaftsklage habe insofern eine possessorische Function und trete an die Stelle der hier unzulässigen Interdicte; dieses lasse sich nicht aus dem Schutze der Persönlichkeit und des Willens des Besitzers erklären, da ja beide mit dem Tode aufgehört hätten, sondern nur aus dem Principe der Beweiserleichterung für das Eigenthum; es fehle sicher zwar der Besitz, aber nicht die Besitzidee, das Bleiben der Sache in der Erbschaftsmasse entspreche hier dem Besitze. Allein schon der Umstand, daß die Klage ja gar nicht auf die im Besitze des Erblassers gewesenen Sachen beschränkt ist, sondern ebenso auch die in seiner bloßen Detention gewesenen mit umfaßt, muß es bedenklich machen, überhaupt das Besitzprincip hier zu Grunde zu legen. Dies wird auch durch die Art, wie die Römer die Sache behandeln, bestätigt. In den betreffenden Stellen L. 18 und 19. de her. pet., wird gar nicht gesagt, daß einfach alle Sachen, die der Erblasser im Besitz

1) Ueber die weitere Interpretation der Stelle vergl. Brinz, Bekkers Jahrb. 3, 36 fg. Schirmer, Linde's Zeitschr. N. F. 11, 455. Witte, ebend. 18, 248. 281.

2) Beiträge, S. 71—75. Besitzesschutz, S. 85—90.

Digitized by Google

oder Detention hatte, mit der H. P. eingeklagt werden können, ſondern vielmehr:

— placuit, in hoc iudicium venire — non tantum hereditaria corpora sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve, — sicut illae, quarum nomine Publiciana competit. Veniunt et hae res —, in quibus possessor retentionem habuit non etiam petitionem, veluti si iuraverat defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit.

Danach ſind alſo nur die Sachen der Klage unterworfen,

1) für die der Erbe einſtehen muß,
2) für die er die Publicianiſche Klage hat,
3) an denen dem Erblaſſer ein Retentionsrecht zuſtand.

Es ſind alſo nur die, auf deren Beſitz oder Detention der Erblaſſer irgend einen Rechtsgrund hatte. Das Princip iſt alſo nicht, wie Ihering[1]) meint, daß hier „ein thatſächliches Verhältniß ohne Beweis des Rechtes geſchützt wird", ſondern lediglich das allgemeine Erbprincip, daß der Erbe „in universum ius defuncti succedit". Auf das Beweisverhältniß iſt dabei gar keine Rückſicht genommen, und Puchta[2]) verlangt daher vom Kläger den Beweis der obigen Qualität, doch möchte ich Windſcheid[3]) beiſtimmen, wenn er ſagt: „man wird nicht zu weit gehen, wenn man für das rechtliche Intereſſe einen Beweis vom Kläger nicht fordert, ſondern vom Beklagten den Beweis des Mangels deſſelben fordert"[4]). Dieſer Beweis muß aber dem Verklagten jedenfalls vollſtändig frei ſtehen, alſo namentlich der Beweis ſeines Eigenthums oder daß der Erb-

1) Beiträge, S. 72. Beſitzesſchutz, S. 86.
2) Pandekten §. 516.
3) Pandekten §. 615 n. 14.
4) So auch Francke, Commentar zum Titel de H. P. S. 205.

Digitized by Google

lasser die Sache nur durch Delict in Besitz bekommen habe. Damit ist aber der possessorische Charakter der Klage vollständig ausgeschlossen.

§. 3.
Ursprung des Interdicts.

Nach den bisherigen Ausführungen muß man von der Idee, daß das interd. Uti possidetis eine provisorische Eigenthumsregulirung sei, vollständig Abstand nehmen und es jedenfalls als reinen Besitzprozeß auffassen.. Von diesem Standpunkte aus entsteht nun aber eine Reihe weiterer Fragen. Zunächst die nach der Entstehung des Interdicts. Ihering sagt[1]: „Nach den übereinstimmenden Zeugnissen unserer Quellen sind diese Interdicte desselben Zweckes halber eingeführt, dem im ältesten Proceß die Vindicien dienten, nämlich für den Eigenthumsproceß das interimistische Besitzverhältniß zu reguliren." Ich kann dies nicht anerkennen. Bei den Vindicien spricht Gajus (4,16) allerdings von einem interimistischen Besitze, indem er sagt: „vindicias dicebat, i. e. interim aliquem possessorem constituebat." Dagegen ist für die Interdicte weder bei Gajus noch Ulpian noch sonst irgendwo auch nur mit einem Worte von interimistischem Besitze die Rede. Durch das Interdict wird entschieden, wer Besitzer ist und wer nicht. Das ist nach Gajus und Ulpian[2]) allerdings darum eingeführt, weil sich danach die Parteirollen im Eigenthumsprocesse bestimmen. Aber das ist doch keine „interimistische" Besitzregulirung für den Proceß! Denn das Interdict entscheidet ja den Besitzstand nicht blos interimistisch für den Proceß, sondern schlechthin und absolut. Allerdings muß der Besitzer, wenn der Kläger sein Eigenthum beweist, den Besitz an ihn herausgeben, aber wenn er es nicht be-

1) Beiträge, S. 62. Besitzesschutz S. 76.

2) Gaj. 4, 148. Ulp. in L. 1. §. 2. 3. Uti poss.

Digitized by Google

weist, dann — „remanet suo loco possessio“.[1]) Eben so gut bleibt die Entscheidung über den Besitz, wenn auch hinterher gar kein Eigenthumsproceß angestellt wird. Ferner: Ihering sagt selber,[2]) die Vindicien hätten nicht über die Beweislast und die Parteirollen entscheiden sollen, der alte Eigenthumsproceß sei vielmehr ein iudicium duplex gewesen und beide Theile hätten gleiche Beweislast gehabt. Von den Interdicten sagen dagegen die beiden Stellen von Ulpian und Gajus, sie seien gerade aus dem Grunde eingeführt, um zu bestimmen, „uter possidere uter petere debeat“, d. h. wer die Beweislast habe. Somit ist der Zweck der Vindicien und der Interdicte grade in der Hauptsache ein ganz wesentlich verschiedener, und somit das von Ihering angenommene „historische Successionsverhältniß“ in dieser Weise völlig unmöglich.

Man kann nur sagen: bei der Duplicität der alten Vindication war eben wegen der Gleichheit der Parteien eine besondere intermistische Besitzzuweisung für die Dauer des Processes nöthig und geschah durch die Vindicien. Bei der spätern einseitigen Vindication war dieses nicht mehr nöthig, weil hier der Besitz schon vor der Vindication festgestellt sein mußte, und dann von selber auch während des Processes so blieb. Insofern machte das Interdict die Vindicien überflüssig, und sie fielen darum weg. Allein das ist natürlich kein Successionsverhältniß und ändert an der Verschiedenheit des Zweckes von beiden nichts[3]).

Ein besonderes Argument gegen die Succession läßt sich

1) §. 4. I. de interd.

2) Beiträge, S. 59. Besitzesschutz, 72—73.

3) Noch weniger kann von Succession die Rede sein, wenn man mit Leist (röm. Erbschaftsbesitz, S. 133. ff.) aus dem „qui prior vindicaverat“ bei Gai. 4, 15 folgert, daß überhaupt gar keine volle Duplicität gewesen sei, sondern der Besitz stets über die Parteirolle entschieden habe.

Digitized by Google

noch aus dem Freiheitsprocesse entnehmen. In diesem war im alten Processe das bekannte Princip, „vindicias semper secundum libertatem dandas"; ob daneben schon im alten Rechte der Besitz über die Parteirollen und die Beweislast entschied, oder ob auch hier ein iudicium duplex mit gleicher Beweislast war, mag dahin gestellt bleiben. Im neuern Processe ist die Sache jedenfalls auf folgende Weise geordnet: über Parteirolle und Beweislast entscheidet hier wie beim Eigenthum der Besitz der Freiheit; nur wird der Besitzstand nicht durch besonderes Interdict sondern durch eine bloße präjudicielle „cognitio" festgestellt [1]). Ueber den interimistischen Besitz während des Processes entscheidet aber hier der Besitz entschieden nicht, vielmehr ist dafür das alte Vindicienprincip geblieben: „ordinato iudicio hominem liberi loco esse" [2]). Die Verschiedenheit des Vindicienbesitzes und des Interdictenbesitzes tritt darin besonders deutlich hervor, damit aber auch die Unmöglichkeit des Successionsverhältnisses beider.

Neben der Ableitung aus den Vindicien beruft sich Ihering [3]) besonders auf die Angaben von Gajus und Ulpian über die Entstehung des Interdicts, daß es nämlich zum Zwecke der Ordnung der Beweislast und der Parteirollen im Eigenthumsprocesse eingeführt sei. Ihre Beweiskraft ist zwar seit Savigny [4]) vielfach verworfen, indessen stimme ich Ihering darin bei, daß ihre Aeußerungen so unzweideutig sind, daß sie nur durch ganz unzweifelhafte Gegengründe beseitigt wer-

1) L 7. § 5. L. 10. deliberali causa.

2) L. 24. pr. L. 25. § 2. deliberali causa.

3) Beiträge, S. 64. Besitzesschutz, S. 78.

4) Savigny, Besitz § 36. Witte, int. U. P. S. 29. 30. Bethmann-Hollweg, Civilproc. 2, 373 n. 143. Rudorff zu Savigny S. 692. zu Puchta's Pand. §. 133. not. d. Karlowa, röm. Civilproc. S. 102.

Digitized by Google

den könnten. Es kommt nur auf ihre richtige Auffaſſung an. Gajus ſagt[1]):

> Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, cuius rei gratia comparata sunt interdicta Uti Possidetis et Utrubi.

Man kann hier das „comparata" nicht mit Witte und Hollweg durch „bereit" ſondern nur durch „bereitet" überſetzen, ſobald man den conſtanten Sprachgebrauch von comparata bei Gajus (4, 35. 70. 71. 116. 143. 147. 148. 169.) vergleicht. Das „solet interdictum reddi" aber, worauf Rudorff Gewicht legt, findet ſich in §. 154 gerade ebenſo beim int. U. V. und bezeichnet nicht gewiſſe Hauptfälle neben anderen, ſondern iſt nur ein Ausdruck für die wirkliche practiſche Uebung, wie auch ſonſt oft bei Gajus, z. B. 1, 20. 64. 100. 102. 120. 134. 216.

In der Stelle von Ulpian wird zu erſt im §. 2 zur Einleitung geſagt:

> Huius interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata debet esse possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor non sit, fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

dann wird in §. 3 mit den Worten:

> Inter litigatores ergo quotiens proprietatis controversia est, etc.

ausgeführt, daß die Feſtſtellung des Beſitzes entweder friedlich durch Vereinbarung oder proceſſualiſch durch das Interdict geſchehen könne. Dabei kann man die beiden Paragraphen nicht trennen und etwa blos den erſten als hiſtoriſche

1) Gai. 4, 148. Die Stelle iſt in die Inst. 4, 15, 4 mit einer Umſtellung aufgenommen.

Digitized by Google

Angabe, den zweiten aber als practische Consequenz auffassen, vielmehr stehen beide, wie schon Savigny sagt, „in unzertrennlicher Verbindung, so daß §. 3 nur als Fortsetzung und Entwicklung des §. 2 gelten kann." Der §. 2 sagt, daß die Besitzfrage vom Eigenthumsstreite getrennt werden müsse, der §. 3 sagt, wie dies zur Ausführung gebracht werde.

Insoweit stimme ich also in Betreff der Entstehung des Interdicts mit Ihering überein; die Folgerungen aber, die er daraus für die practisch dogmatische Natur des Interdicts zieht, kann ich nicht als richtig anerkennen. Das Interdict war keinenfalls zu Ulpians Zeit auf die bloße Vorbereitung der Vindication beschränkt, sondern bildete eine allgemeine Klage zum Schutze des Besitzes gegen jede Art von Störung oder Beeinträchtigung, selbst wenn sie ohne alle Beziehung zum Eigenthumsstreite stand, und rein einseitig ohne alle Behauptung von Eigenthum oder Besitz stattfand. Ich habe dies schon früher [1]) ausgeführt, und darin die Zustimmung namentlich auch von Vangerow [2]) gefunden, der früher eifrig die Beschränkung auf den Eigenthumsstreit behauptete. Daß nun aber irgend jemals eine eigentliche Veränderung oder Ausdehnung des Interdicts stattgefunden hätte ist nirgend angedeutet, namentlich von Ulpian selber nicht. Denn dieser fährt, nachdem er in den oben besprochenen §§. 2 und 3 die causa proponendi angegeben hat, ganz unmittelbar in §. 4 so fort:

Est igitur hoc interdictum retinendae possessionis, nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet, et consequenter proponitur post int. Unde Vi; illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc tuetur, ne amittatur possessio; denique praetor possidenti vim fieri vetat; et illud quidem interdictum obpugnat possessorem,

1) Besitz im Mittelalter S. 47—50.
2) Pandekten, §. 336. S. 683.

Digitized by Google

hoc tuetur. — Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est Uti Possidetis.

Hier iſt alſo einfach der Standpunkt eingenommen, daß der Beſitzer geſchützt werden ſoll, Gewalt gegen ihn verboten und verhindert werden ſoll. Und zwar iſt das buchſtäblich mit denſelben Worten geſchehen, wie bei andern prohibitoriſchen Interdikten, bei denen der Zweck des Schutzes gegen Gewalt unzweifelhaft iſt; ſo beim int. de loco publico fruendo:

Interdictum hoc tuetur vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui conduxit.[1])

beim interd. de itinere:

Hoc interdictum prohibitorium est — ad tuendas servitutes; — praetor inquirit — hoc tantum, an — usus sit, — et tuetur eum[2]).

und beſonders beim intert. de superficiebus mit namentlicher Beziehung auf das interd. U. P.:

Proponitur interdictum exemplo interdicti U. P., tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti U. P. interdicto[3])

Die ganze Schutzidee iſt aber mit der vorhergehenden causa proponendi durch ein einfaches „igitur" verbunden, alſo in Cauſalnexus mit ihr gebracht. Es ſind alſo zwei causae interdicti mit einander verbunden:

interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata etc.

und:

huius rei causa (interdictum) redditur, ne vis fiat etc.

d. h. das einzelne Edict wird erlaſſen (redditur) um Gewalt zu verhüten, und der Grund, dieſe Einrichtung einzuführen (proponendi), war, die Beſitzfrage vom Eigenthum zu trennen.

1) L. 1. §. 1. D. 43, 9.
2) L. 1. §. 1. 2. D. 43, 19.
3) L. 1. 2. D. 43. 18.

Digitized by Google

Beides steht also keineswegs im Widerspruch mit einander, vielmehr ist das eine das Mittel für das andere: der unmittelbare practische Zweck des einzelnen Interdicts ist aber die Verhütung der Gewalt. Dies wird durch die ganze folgende Detailausführung über das Interdict in L. 3 bestätigt. Hier wird der Fall des Eigenthumsprocesses und der Regulirung der Parteirollen gar nicht weiter, auch nicht mit einem Worte, berührt, sondern nur eine Reihe einzelner Fälle von Störungen des Besitzers ohne alle Beziehung zur Vindication besprochen, so:

§. 2.: si aedificare in suo prohibetur,

§. 3.: cum inquilinus aedes reficere volentem prohiberet,

§. 4.: si actor vicini vites transduxit,

§. 5. und 6.: si proiectio supra solum vicini non iure haberi dicatur,

§. 7.: si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit, in quo alius moretur,

§. 9.: si vicinus in pariete meo tectoria habet.

Dies alles führt zu dem Resultate, daß man die causa interdicti proponendi und reddendi eben trennen muß, und daß die letztere ein practisch weiter gehendes Princip in sich schließt, als die causa proponendi an sich nöthig machte. Schon Savigny hat hervorgehoben, daß in den Worten des Interdicts selber die Beziehung auf die Vindication und die Feststellung der Parteirollen bei derselben in keiner Weise angedeutet ist, und hat grade daraus einen Hauptgrund gegen die Richtigkeit der Angabe Ulpians über die causa proponendi entnehmen zu können geglaubt[1]). Dies ist allerdings nicht richtig, allein der Wortlaut des Interdicts führt in Verbindung mit den obigen Gründen zu folgender Auffassung der Sache.

1) Besitz. §. 37. Auflage 7. S. 399. n. 1.

Digitized by Google

Bei jedem practiſchen Bedürfniß, was durch ein Geſetz befriedigt werden ſoll, laſſen ſich in der Regel verſchiedene legislative Mittel und Wege denken, wie man den Zweck erreichen kann. Namentlich iſt in der Regel die Möglichkeit da, entweder nur eine ſpezielle, ganz auf den beſtimmten Fall beſchränkte, Regel aufzuſtellen, oder aber eine allgemeinere Beſtimmung zu treffen, die verſchiedene andere ähnliche Fälle mit umfaßt, darunter aber ganz ſicher auch den zunächſt berückſichtigten, der die Veranlaſſung zu dem ganzen Geſetze gab. Dann bleibt es immer richtig, daß dieſer hiſtoriſch die causa proponendi war, obgleich das Geſetz ſelber ihn gar nicht ſpeciell erwähnt, und durch ſeine allgemeinere Beſtimmung practiſch und dogmatiſch ein ſcheinbar anderes, wenigſtens ein weiteres Princip aufſtellt. In dieſer Weiſe iſt auch beim int. U. P. die ſcheinbare Verſchiedenheit der hiſtoriſchen und dogmatiſchen Darſtellung der Quellen zu erklären. Der Zweck, den Beſitzſtand für die Ordnung der rei vindicatio feſtzuſtellen, mag die nächſte Veranlaſſung zur Aufſtellung des Interdicts geweſen ſein. Allein dieſer hätte ſich ſehr wohl ſpeciell eben ſo wie bei der vindicatio libertatis durch Einführung einer präparatoriſchen rein präjudicialen Cognition erreichen laſſen. Dort hing die Ordnung der Parteirollen und der Beweislaſt gleichfalls davon ab, ob der betreffende Menſch in possessione libertatis oder servitutis war. Dieſer Beſitzſtand mußte daher, wenn er ſtreitig war, auch zuvor entſchieden werden, „ut posset iudicium ordinem accipere“.[1]) Allein dort haben die Prätoren kein beſonderes allgemein gefaßtes Interdict darüber eingeführt, ſondern die Frage wurde ſpeciell nur als ein präparatoriſcher Incidentpunkt bei der Vindication ſelber behandelt: „hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem

1) L. 7. §. 5. de liberali causa.

Digitized by Google

aut contra agatur." Bei der vindicatio rei hätte man dies eben so gut so machen können, also gleichfalls bei der ordinatio iudicii untersuchen können, „uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat". Wahrscheinlich hat man es auch vor Einführung des Interdicts wirklich so gemacht. Wenn es daher richtig ist, was Gajus und Ulpian sagen, daß die Erledigung der Besitzfrage bei der Vindication die causa proponendi für das Interdict gewesen ist, so sieht man aus dem factischen Wortlaute des Interdicts, daß der Prätor jedenfalls über den speciellen Veranlassungsgrund weit hinausgegangen ist, und eine ganz allgemeine Verfügung aufgestellt hat. Die Formel des Interdicts, sowohl die alte bei Festus:

Uti possidetis — ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.

als die neue in den Pandekten:

Uti possidetis — ita quominus possideatis, vim fieri veto.

enthält nichts von der Vindication und den Parteirollen darin, sondern nur ein Verbot gegen Gewalt, was ganz allgemein auf alle Fälle von Besitz anwendbar ist, mögen sie eine Beziehung zum Eigenthumsstreite haben oder nicht. Die Anwendung auf die Regulirung der Parteirollen bei der Vindication ist aber also nur indirect von selbst darin mit enthalten. Denn wenn beide Parteien Besitz und Eigenthum behaupten und thatsächlich auszuüben suchen, so können sie auch beide gegen einander Schutz ihres Besitzes verlangen, und dann enthält die Entscheidung darüber nothwendig auch die Entscheidung über den Besitzstand und damit von selbst die Entscheidung über die Parteirollen bei der Vindication. Doch ist das für den Besitzproceß als solchen gleichgültig, die Vindication ist eine Eventualität, die später eben so gut noch ausbleiben als eintreten kann, und daher auf den Besitzproceß, wie er durch das Interdict allgemein geordnet ist, noch gar keinen Einfluß haben kann. Eben darum kann sie eben so

Digitized by Google

gut ganz fehlen und der Besitzproceß ohne allen Eigenthumsstreit ganz nur auf Schutz gegen Störung gehen. Dadurch wird das Interdict sowohl in seiner Formel als dem weiteren Verfahren nicht im mindesten geändert.

Welche Gründe übrigens den Prätor bewogen haben, seine Bestimmung nicht speciell auf die Vorbereitung der Vindication zu beschränken, sondern einen ganz allgemeinen Schutz für den Besitz auszusprechen, läßt sich leicht denken. Wenn man einmal den Besitzstreit von einem bloßen Incidentverfahren bei der Vindication zu einem selbständigen Verfahren ablösen wollte, so war es natürlich, daß man ihn allgemeiner auffaßte und eine allgemeinere Bestimmung aufstellte, die auch auf andere Fälle anwendbar war. Jedenfalls ist das Interdict schon von Ulpian und der Praxis seiner Zeit in diesem allgemeinen Sinne aufgefaßt und angewendet und nur darauf kann es schließlich bei der Bestimmung des practisch dogmatischen Verhältnisses, in dem das Interdict zur römischen Besitzlehre steht, ankommen, zumal ja diese Besitzlehre selbst nicht schon den Prätoren sondern erst den Juristen ihre eigentliche Feststellung verdankt. Mag also die historische Bemerkung von Gajus und Ulpian richtig sein oder nicht, für die Dogmatik des römischen Rechts existirt das Interdict nur in der allgemeinen Fassung, die ihm der Prätor gegeben und diese wieder nur in dem allgemeinen Sinne, den Ulpian und die anderen römischen Juristen darin gesehen haben.

§. 4.

Das Erforderniß der vis.

Das practich dogmatische Princip des Interdicts ist also das, womit Ulpian in L. §. 4. U. P. nach der Anführnng der historischen „causa proponendi“ seinen eigentlichen practischen Commentar zu dem Interdicte einleitet, nämlich:

Est igitur hoc interdictum retinendae possessionis, nam

Digitized by Google

huius rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet.

Es wird beim interd. Utrubi nach dessen Ausgleichung mit dem U. P. in L. 1. utrubi, die freilich wohl interpolirt ist, so bezeichnet:

— obtinuit, vim eius (interdicti) exaequatam fuisse U. P. interdicto, ut is et in hoc interdicto vincat, qui, dum super hoc ab adversario inquietatur, possesionem habet.

Es ist also der Schutz des Besitzes gegen Gewalt und Störung. Davon muß man somit bei der gesammten weiteren Theorie des Interdicts ausgehen, nur muß man von vorne herein zweierlei festhalten:

1) es ist nicht eine Klage: quia vis facta est, sondern: ne vis fiat, also nicht eine Klage aus geschehener Gewalt auf Schadenersatz, sondern eine Klage auf Schutz gegen drohende Gewalt;

2) es ist nicht eine Klage auf Schutz gegen persönliche Beleidigung und Verletzung des Besitzers, sondern eine Klage auf ungestörte Erhaltung des sachlichen Besitzes als solchen, „tuetur possessionem, ne amittatur".

Auch in dieser Fassung steht das Princip im grellsten Widerspruche mit Iherings Auffassung. Dieser sagt S. 92: „Wer sich genöthigt sieht, das Erforderniß der Gewalt, welches die Quellen nirgends für das Interdict aufstellen, künstlich in dasselbe hineinzutragen, hat dadurch in meinen Augen schon bekundet, daß seine Theorie dem römischen Rechte nicht entspricht." Er setzt dann noch hinzu: „Schwerer wiegt, daß eine solche Theorie auch dem practischen Bedürfnisse nicht entspricht," weil dieses eine Präjudicialklage über den Besitz auch ohne thatsächliche Störung verlange. Ueber diese Präjudicialklage habe ich mich bereits oben erklärt. Ich erkenne an, daß sie ein practisches Bedürfniß ist, und daß sie in der

Digitized by Google

heutigen Praxis ausgebildet ist. Doch glaube ich, daß die Fälle, wo sie ein Bedürfniß ist, nicht so häufig sind, wie Ihering meint. Nach meiner Erfahrung[1]) handelt es sich bei Besitzprocessen meistens um thatsächliche, entweder schon geschehene oder wenigstens drohende, Störungen. Solche friedfertige rein präjudiciale Besitzstreitigkeiten, wie Ihering sie aufstellt, sind zwar unzweifelhaft möglich, doch scheinen sie selten zu sein, mir selber ist nie ein Fall vorgekommen, und auch in Büchern habe ich keinen finden können. Die Fälle, die Ihering[2]) aus Seuffert[3]) anführt, möchte ich nicht dahin rechnen. Denn wenn Behörden förmliche Beschlüsse fassen, daß eine Person einen von ihr behaupteten Besitz nicht habe, würde ich dies als ein wirkliches „inquietare" verstehen, bei dem der Besitzer die thätliche Ausführung des Beschlusses nicht erst abzuwarten braucht, sondern sofort klagen kann, „ne vis sibi fiat", oder „ne inquietetur".

Aber mag dem sein, wie ihm will, für das römische Recht muß ich die Existenz von solchen formell rein präjudicialen Besitzklagen jedenfalls bestreiten. Ein praeiudicium „uter possideat" gab es ganz entschieden nicht, wird auch von Ihering nicht behauptet. Dann aber war die einzige Form für Besitzklagen entweder eine Vermittelung durch eine sponsio praeiudicialis, von der wir aber auch nichts wissen, oder direct das interd. U. P. mit seinem „vim fieri veto", und „ne vis fiat possidenti". Wenn Ihering in der obigen Stelle sagt, die Quellen stellten das Erforderniß der vis nirgend auf, so muß ich dagegen folgendes ausführen:

1. die Worte des Interdicts lauten: „vim fieri veto",

---

1) In 30jähriger Praxis von Spruchcollegien, wo mir eine Menge von Besitzklagen vorgekommen sind.

2) Beiträge, S. 78 n. 97. Besitzesschutz, S. 93 n. 97.

3) Archiv. 8, 221; 17, 45.

Digitized by Google

und Ulpian sagt dazu: „huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet", und demgemäß lauten die Sponsionen, die im alten Interdictsprocesse das Urtheil vermittelten: „si adversus edictum praetoris possidenti mihi vis a te facta est".[1]) Insoweit ist also der Begriff der vis in das Interdict wohl keinenfalls „künstlich hineingetragen", sondern im Gegentheil in gar keiner Weise hinauszuschaffen.

2. In Folge hiervon bildet aber der Begriff der vis den formellen Angelpunkt, um den sich der ganze Proceß dreht: Der Prätor verbietet die vis, die Parteien begehen die vis, die Sponsionen bestimmen die Strafe der vis, das Erkenntniß verurtheilt aus den Sponsionen in die Strafe der vis. Der Besitz selber kommt formell nur als präjudicielle Vorfrage für die Verurtheilung aus den Sponsionen in Betracht und wird daher gar nicht ausdrücklich sondern implicite entschieden. Das Urtheil geht formell immer nur auf die Sponsionssummen Der Sache nach ist allerdings bei streitigem Besitzstande die präjudicielle Entscheidung über diesen das Hauptinteresse der Parteien, theils weil damit der vis auch für alle Zukunft vorgebeugt wird, theils weil damit zugleich die Parteirollen für die Vindication festgestellt sind. Allein formell wird dieser Fall nicht anders behandelt als die übrigen. In diesem Sinne beschreibt Gajus (4, 166 a) das Verfahren nach Abschluß der Sponsionen so:

— iudex requirit, uter possederit. cum id exploraverit et forte secundum me iudicatum sit, adversarium et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae suunt, absolvit.

Das „iudicatum sit" bedeutet dabei kein förmliches be-

1) Gai. 4, 165.

Digitized by Google

ſonderes Erkenntniß, ſondern nur ſachlich das Reſultat der „exploratio.“

3. Eben daraus, daß die vis den formellen-Mittelpunkt des ganzen Prozeſſes bildet, erklärt ſich weiter, daß die Römer ſo oft die Veranlaſſung zu dem Interdicte auf den Begriff einer vis zu reduciren ſuchen Ein beſonderes deutlicher Fall iſt in L. 3. §. 4. U. P. Wenn der Vorbeſitzer meines Nachbars Reben von meinem Grundſtücke auf ſeine Bäume gezogen hat[1]), ſo kann ich daraus gegen den jetzigen Nachbar nicht mit dem U. P. klagen, weil dieſer ja dann ſelber keine vis verübt hat, ich kann aber die Reben abſchneiden, und wenn er es verbieten will, mit dem interd. U P. gegen ihn klagen:

— nam si tibi vim fecerit, quominus eas vitas praecidas, vim tibi facere videtur, quominus possideas, etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, ut Pomponius inquit.

Hier wird alſo die vis gegen das praecidere reducirt auf vis gegen das possidere, weil colere prohibere ein possidere prohibere iſt, und ſomit in jener vis ein „vim facere, quominus possideas“ enthalten iſt. Man ſieht deutlich, wie Ulpian den Fall unter das „quominus possideatis, vim fieri veto“ zu ſubſumiren ſucht, um die Anwendbarkeit des Interdicts zu begründen. Die Berufung auf Pomponius erklärt ſich aus L. 11. de vi von Pomponius:

Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo.

In demſelben Sinne wird dann die Prohibition der Be-

1) Man muß dabei an die Cultur in Italien denken, wo ja faſt alle Kornäcker an den Gränzen mit Weinreben eingefaßt ſind, die an Bäumen in die Höhe ranken.

Digitized by Google

nutzung, weil sie eine „vis, quominus possideas“ enthält, mehrfach als Grund für das Interdict angegeben:

L. 3 §. 2 : — videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.

L. 3 §. 3: Quum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohibeat, competere interdictum U. P.

L. 8 §. 5. si servitus: interdictum U. P. poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti.

L. 14. de iniuriis: — U. P. interdictum competit, si prohibeatur ius suum exercere.

Für den Begriff des prohibere muß man dann L. 20 §. 1. quod vi hinzunehmen:

Prohibitus intelligitur quolibet prohibentis actu, i. e. vel dicentis se prohibere, vel etc.

Prohibition begründet also das Interdict, weil sie „vis“ ist, als Prohibition gilt aber jedes Verbot, Protest, Widerspruch, Einsprache u. s. w.

4. Besonders beweisend für das Erforderniß der vis beim Interdicte ist die s. g. vis ex conventu, dieser eigenthümliche Begriff, der uns zwar schon früher aus Cic pro Caec. bekannt war, dessen Anwendung beim interd. U. P. jedoch erst durch die neuesten Entzifferungen des Gajus von Studemund bestätigt ist. Bisher wußte man aus Gajus, daß der Proceß mit dem Verbote „vim fieri veto“ anfing, daß von den Parteien Sponsionen gemacht wurden „quod adversus edictum vis facta esset“, und daß dann daraus weiter geklagt wurde. Zweifelhaft war aber, wie man sich die Vornahme der vis zwischen dem Verbote und den Sponsionen denken sollte, ob die Parteien stets vom Gerichte fortgehen und wirkliche Gewalt vom Gegner abwarten mußten, oder ob die Sache anderweitig vermittelt wurde[1]). Keller meinte,

1) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 11. 318 ff.

Digitized by Google

die fructus licitatio, die den Sponſionen noch vorauf ging, ſei als vis behandelt. Mir hat ſich ſchon früher die Vermuthung aufgedrängt, daß die Sache durch eine ſymboliſche vis ex conventu vermittelt wurde oder wenigſtens werden konnte[1]). Meine Vermuthung fand zwar allgemeine Mißbilligung[2]), iſt aber jetzt durch die neue Leſung von Gajus vollſtändig beſtätigt. Gajus fügt nämlich nach Darſtellung des gewöhnlichen Verfahrens hinzu:

> Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit, et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur, quoru[*m vis et potestas haec est, ut qui*] cetera ex interdicto non faciat, velut qui vim non faciat, aut fructus non liceatur, aut *etc.*

Die Worte „qui vim non faciat“ können hier, wie Krüger[3]) ſofort richtig erkannt hat, nur von einer vis ex conventu verſtanden werden. Zwar fragt Karlowa[4]) was ihn dazu berechtige. Allein die Antwort, ſollte ich meinen, liegt nahe genug. Die ganze Stelle ſpricht von einer Art contumacia, wodurch die Weiterführung des Proceſſes dolos gehindert werden ſoll. Der Prätor will die betreffenden Handlungen nicht direct erzwingen, giebt aber ſtatt deſſen die interdicta secundaria. Nun verſteht es ſich aber von ſelbſt, daß der Prätor wohl die Vornahme einer ſymboliſchen vis ex conventu anbefehlen kann, nicht aber die einer ernſtlichen und wirklichen Gewalt, und daß er wohl die Verweigerung der

---

1) Beſitz im Mitt. S. 45—46.

2) z. B. Schmidt, Interdictenverfahren S. 55. Bethmann-Hollweg Civilproc. §. 98 n. 147.

3) Kritiſche Verſuche. S. 83—84.

4) Der röm. Civilproceß zur Zeit der Legisactionen. S. 104.

Digitized by Google

ersten als contumacia bestrafen kann, nicht aber die der zweiten.

Für die vorliegende Frage von der Bedeutung der vis für das Interdict folgt nun aber aus der vis ex conventu, daß das Element der vis als ein so wesentliches Erforderniß bei dem Interdict angesehen wurde, daß, wenn sie von den Parteien nicht real verübt war, eine symbolische Vornahme gefordert wurde, weil sonst „res non poterat expediri". Krüger meint zwar, diese vis ex conventu sei gar nicht blos eine Aushülfe für einzelne Fälle gewesen, sondern die ganz allgemeine und absolute Form, es sei eben das Verbot vim fieri veto überhaupt gar kein ernstliches gewesen, sondern nur eine reine Form, um eine vis ex conventu zu vermitteln und dadurch eine Entscheidung herbeizuführen, die zwar formell auf einer Conventionalstrafe für vis beruhte, aber sachlich rein präjudiciell war. Die Idee ist indessen schon an sich unhaltbar, wie unten besonders zu zeigen ist, und selbst wenn sie richtig wäre, so würde doch jedenfalls das bleiben, daß der Begriff der vis formell die wesentliche und unerläßliche Vermittelung des ganzen Processes gebildet hätte. Auch zeigen die vorhin unter nr. 3 besprochenen Stellen, daß man jedenfalls aus dem formellen Begriffe der vis auch praktische Consequenzen gezogen hätte. Dazu kommen:

5. die Strafen, die durch die Sponsionen auf die vis adversus edictum gesetzt wurden. Daß diese ernstlich gemeint waren, sieht man daraus, daß das Verfahren von Gajus als „cum poena" oder „periculo" bezeichnet wird[1]). Wir kennen zwar das Maaß der Strafen nicht, sie waren offenbar je nach dem Werthe des Objectes verschieden; allein daß sie nicht unbedeutend waren, kann man schon daraus schließen, daß Gajus (4, 170) sagt, es hätten häufig einzelne Parteien

1) Gai. 4, 141. 162.

Digitized by Google

die „cetera ex inderdicto", also namentlich die Vornahme der vis ex conventu und die Eingehung der Sponsionen, verweigert und dadurch den Fortgang des Processes gehindert, und es seien deshalb die interdicta secundaria vom Prätor eingeführt. Direct bestätigt wird es durch Frontinus, der den Rath giebt, nur wenn der Besitz sicher sei, zum Interdicte zu greifen, weil darin ein großes Risico enthalten sei:

— si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur; magna enim alea est, litem ad interdictum deducere [1]).

Solche Strafen hätten nun aber gar keinen Sinn gehabt, wenn man blos eine rein präjudiciale Entscheidung hätte herbeiführen wollen, da man ja in der sponsio praeiudicialis ein gangbares und bequemes Mittel hatte, um sine poena et periculo eine solche Entscheidung zu vermitteln. Offenbar hatten die Strafsponsionen den Zweck, den Schadenersatz für die „vis" und das „inquietare" in Form und Maaß einer Strafe zu vermitteln, eine Idee, deren weite Verbreitung im römischen Rechte Ihering selbst in seinem „Schuldmomente" sehr schön ausgeführt hat.

§. 5.

Vis ex conventu.

Die vorhin S. 33 kurz berührte Idee von Krüger über die vis ex conventu ist einer besonderen und genauen Prüfung zu unterwerfen, weil, wenn sie richtig wäre, sie von entscheidendem Einflusse auf die ganze Auffassung des Interdicts sein würde. Sie würde zwar nicht alles bisherige umstoßen, aber doch für die ganze Bedeutung des Interdictenprocesses einen wesentlich andern Standpunkt begründen.

1) Römische Feldmesser, ed. Lachmann. S. 44, 4—6.

Digitized by Google

Seine Idee ist in der Grundlage seinen eigenen Worten nach[1]) folgende: „Der Interdictsproceß ist für die interdicta retinendae possessionis von Anfang an reine Form. Wer daraus den Schluß zieht, daß ihr Grundgedanke Schutz des Besitzes gegen Gewalt sei, begeht denselben Fehler, wie derjenige, welcher um der manus consertae willen die rei vindicatio auf eine actio de vi zurückführen wollte". Er meint danach, man „könne in den U. P. nichts weiter sehen, als eine Entscheidung über die Frage, wer zur Zeit des Interdicts Besitzer sei, prohibitorisch ist daran nur die äußere Form, sachlich ist es reine Präjudicialklage" (S. 108). Es ist das im wesentlichen der Standpunkt von Ihering, und darum ist auch die ganze bisherige Ausführung von selber mit dagegen gerichtet, doch ist noch folgendes weitere hinzuzufügen.

Zunächst über die Stelle von Gajus. Daß dieselbe keinen directen Beweis enthält, zeigt der Wortlaut. Gajus sagt nicht, daß stets, wenn eine Partei keine vis vornehmen wolle, die secundären Interdicte einträten, sondern nur, daß es dann geschehe, wenn einzelne „cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri", also nur wenn Jemand aus Chikane um die Weiterführung des Processes zu hindern, sich weigerte. Wenn der Proceß daher ohne vis ex conventu weitergeführt werden konnte, so war kein Grund, diese zu erzwingen. Man denke den Fall, daß nach den Vorverhandlungen vor dem Prätor und dem Erlasse des Interdicts eine Partei noch um eine Ueberlegungsfrist bat, die andere sich darauf einließ und daher beide wieder von Gericht fortgingen. Wenn sie dann außergerichtlich doch wieder Besitzhandlungen vornahmen, also vis ausübten, sich aber zum Abschluß der Sponsionen bereit erklärten, sollte

1) Kritische Versuche. S. 86.

Digitized by Google

dann trotz der realen vis doch nachher erst noch eine formale vis ex conventu nöthig gewesen sein? Ohne ein ganz directes Zeugniß halte ich das für unmöglich. Krügers Beweis beruht daher wesentlich auf der Voraussetzung, daß das Interdict mit der vis und den Sponsionen stets einen zusammenhängenden formalen Act in iure gebildet hätte, ähnlich wie bei der Vindication das manus conserere, das „mittite rem“ und die Provocationen zum Sacramente. Denn wenn die Parteien zwischen dem Interdict und der vis vom Gerichte fortgehen konnten, so konnten sie auch reale vis ausüben, und dann mußte die reale vis die formale entbehrlich machen. Daß nun aber stets eine solche Continuität des Verfahrens, also namentlich zwischen dem interdictum und der vis adversus edictum, stattgefunden habe, ist in der Stelle von Gajus in gar keiner Weise angedeutet, und im übrigen mit großer Bestimmtheit zu widerlegen[1]).

Der Vergleich mit der Vindication paßt keinenfalls. Denn dort ist grade der Anfang, das manus conserere, ein rein formaler symbolischer Act, und darum natürlich auch der prätorische Befehl „mittite rem“ ein rein formaler. Beim Interdicte aber macht das prätorische Verbot grade den Anfang, und dann erst kommt die vis. Nun wäre es aber doch wirklich eine über alle Maaßen sonderbare Form, wenn das Interdict in der That gar keine Beziehung zu einer wirklichen, sei es einer stattgehabten oder wenigstens befürchteten, Gewalt hätte, doch den Proceß mit einem Verbote der Gewalt zu beginnen, blos um eine formale Verletzung desselben möglich zu machen, und dann über diese rein formale vis nicht etwa formale Präjudicialsponsionen sondern sehr ernstliche und reale („magna

1) Ich habe die Möglichkeit der Trennung schon im Besitz i. Mitt. S. 43—4 behauptet. Sie ist dann meistens angenommen: Schmidt, Interdictenverfahren, S. 55. 249. Bethmann-Hollweg, Civilproceß, B. 2. §. 98 n. 156.

Digitized by Google

alea") Pönalstipulationen zu schließen. Ich muß gestehen, es kommt mir das so widersinnig vor, daß ich schon darum die ganze Idee von Krüger für unmöglich halte. Es kommt aber noch folgendes hinzu.

Die Interdictsform ist nichts eigenthümliches für das interd. U. P. Es ist nur ein einzelner Fall der prohibitorischen Interdicte, und selbst die Duplicität ist ihm nicht ausschließlich. Daß es aber irgendwie in einem wesentlichen Unterschiede von den andern Interdicten stehe, ist nirgend auch nur im mindesten angedeutet, im Gegentheil zeigt die Zusammenstellung der Beispiele bei Gai. 1, 140 sehr deutlich die allgemeine Gleichheit, wenn erst die Definition kommt:

> Vocantur — interdicta, cum prohibet fieri, velut cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat;

und dann über die Bedeutung des Verbotes ganz allgemein hinzugefügt wird:

> Nec tamen cum quid — fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit.

Danach ist die Analogie von den übrigen Interdicten beim U. P. nicht abzuweisen. Nun ist es aber bekannt, daß wenigstens bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten das Verfahren nicht nothwendig ein zusammenhängendes Ganze bildete.

Vielmehr hatte der Verklagte die Wahl nach dem interdictum redditum, entweder sofort um einen arbiter zu bitten oder aber vorläufig vom Gerichte fortzugehen (de iure exire, a praetore discedere). Dann aber wurde, wenn er dem interdictum redditum nicht Folge leistete, die Sache stets cum poena oder periculo zu Ende geführt, der Kläger konnte ihn von neuem vor den Prätor rufen und ihn nun zu den

Digitized by Google

Pönalsponsionen provociren[1]). Hier war also das Interdict jedenfalls real gemeint, ebenso die Nichtbefolgung real, und eben darum die Sponsion eine pönale. Die prohibitorischen Interdicte waren nun wesentlich stets cum poena oder periculo. Sollte die Bedeutung der poena hier eine andere gewesen sein, wie bei den restitutorischen? Sollte zwischen den Geboten und Verboten des Prätors ein wesentlicher Unterschied gewesen sein? Allerdings besteht die Nichtbefolgung eines Gebotes in Unterlassung, die eines Verbotes in Handlung, aber der Ungehorsam ist bei beiden derselbe. Gajus macht jedenfalls keinen Unterschied. Er stellt den Begriff selber in 4,142 zunächst ganz allgemein auf:

> modo cum poena agitur, modo sine poena; cum poena velut cum per sponsionem agitur, sine poena velut cum arbiter petitur;

und darauf erst unterscheidet er für die Anwendung:

> et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet, ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur.

War aber hiernach die Strafe gleichmäßig real gemeint, so muß man sich auch den Grund gleichmäßig real denken, d. h. dann war der Grund überall die reale Nichtbefolgung des prätorischen Befehles, dann aber war auch dieser selbst real gemeint, und dann konnten die Parteien auch in allen Fällen des Verfahrens cum poena nach dem interdictum redditum das Gericht erst verlassen und die Sponsionen durch reale Nichtbefolgung des Interdicts veranlassen. Die vis ex conventu war dann nur ein Hülfsmittel um eine friedliche Weiterführung des Processes möglich zu machen.

Daß dieses aber alles wirklich so war, dafür sprechen

1) Gai. 4, 162—5.

Digitized by Google

auch sehr bestimmte directe Zeugnisse. So zunächst die oft besprochene Stelle von Cicero pro Caecina 16, 45:

— hoc iam vetus est et multis in rebus usitatum, quum ad vim [moribus] faciendam veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent: „Ni adversus edictum praetoris vis facta esset".

Diese Sponsion kann nur die aus dem „vim fieri veto" bei den prohibitorischen Interdicten sein, also die, welche Gajus (4,166) beim U. P. so bezeichnet:

— sponsione provocat: si adversus edictum[1]) praetoris possidenti mihi vis facta est[2]).

Die Stelle sagt daher: wenn bei der Ausführung einer vis ex conventu der Eine Ernst macht und mit Bewaffneten kommt, so braucht sich der Andere nicht erst Mißhandlungen auszusetzen, sondern kann ohne weiteres, sofern er es bezeugen kann, auf die gedrohte wirkliche Gewalt hin die Sponsion fordern. Das eingeklammerte Wort „moribus" ist zwar von zweifelhafter Aechtheit, indessen würde man es fast nothwendig suppliren müssen; denn das „veniretur" bedeutet offenbar nur objectiv das beiderseitige kommen der Parteien, wie 7, 20: constituere, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo Caecina moribus deduceretur (cf. 11, 32: Caecina quum ad constitutam diem venisset, ut vis ac deductio moribus fieret). Wollte man es aber auch blos auf den

1) Daß dieses „adversus edictum" gleichbedeutend ist mit adversus interdictum praetoris, s. Besitz im Mittelalter. S. 42–3., auch Schmidt, Interdictenverfahren S. 240–1.

2) Auf das int. U. V. darf man jene Sponsion nicht beziehen. Denn bei diesem ging die Sponsion nur auf die Restitution, Cic. p. Caec. 28, 80: is, quo modo se restituisse dixit, necesse est male fecerit sponsionem. Gai. 4, 165: — sponsione, ni contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit. Besitz i. Mittelalter S. 44. Schmidt, Interdictenverfahren. S. 240.

Digitized by Google

Gegner beziehen und von dessen Absicht verstehen, so würde die Stelle doch immer noch beweisen, daß wirkliche Gewalt zwischen Interdict und Sponsion möglich war, und diese also ohne vis ex conventu geschlossen werden konnte.

Andere Beweise sind auch in den Pandekten. In L. 7. ne quid in loco publico heißt es:

Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverit, cogendus non est demolire[1]), — ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet, alioquin inane et lusorium praetoris erit imperium.

Die Stelle spricht von dem Interdicte Ne quid in loco publico, darum kann das „adversus edictum" hier nur wie oben beim U. P. die Handlung gegen das interdictum redditum bedeuten. In gleichem Sinne heißt es bei dem Interdicte über die öffentlichen Flüsse in L. 2. §. 12. ne quid in flum. publ.:

si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur.

In beiden Fällen ist also das Verbot unzweifelhaft ernstlich gemeint, und auch die Uebertretung als wirklich reale gedacht. Beide setzen somit eine Entfernung der Parteien vom Gerichte nach dem interdictum redditum und eine vorläufige Aussetzung des Verfahrens voraus. Dasselbe muß man auch bei allen den übrigen prohibitorischen Interdicten annehmen, die nicht eine Gewalt im allgemeinen, sondern die Vornahme bestimmter einzelner Handlungen verbieten, wie facere, immittere veto u. dgl. Doch ist nirgend ein wesentlicher Unterschied im Verfahren bei den verschiedenen Arten von Verboten angedeutet. Im Gegentheil sind in der oben S. 37 angeführten

1) Den Grund giebt Ulpian in L. 2. §. 17 an: Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, — quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium.

Digitized by Google

Stelle von Gajus gleichmäßig und offenbar absichtlich Beispiele von beiden Arten zusammengestellt:

ne possidenti vis fiat neve in loco sacro aliquid fiat.

Dazu kommt endlich, daß auch die vis ex conventu selber wenigstens zu Cicero's Zeit noch außergerichtlich auf dem betreffenden Grundstücke vorgenommen werden konnte oder sogar mußte. Darin liegt ein weiterer Beweis, daß die Parteien zwischen dem Interdicte und den Sponsionen vom Gerichte fortgehen konnten oder mußten. Waren sie aber einmal fort, so konnten sie statt der verabredeten symbolischen Gewalt auch eine reale ernstliche ausüben, und dann die Sponsionen direct darüber abschließen. Daß das wirklich so war, wird ganz direct durch die oben S. 39 angeführte Stelle aus Cic. pro Caec. bewiesen, wo er sagt, es sei ein alter hergebrachter Satz, daß wenn man nach Verabredung zur Vornahme einer symbolischen Gewalt gehe und den Gegner mit Bewaffneten zur Verübung wirklicher Gewalt kommen sehe, man dem entfliehen könne und damit von selbst zu den Sponsionen berechtigt sei. Ein solcher außergerichtlicher Formalact hat nun allerdings für uns etwas höchst auffallendes und Krüger sucht ihn natürlich als völlig unmöglich hinzustellen, weil seine Theorie damit nicht wohl zu vereinigen ist. Er sagt (S. 87), die Unterbrechung der gerichtlichen Verhandlung durch eine Reise auf das betreffende Grundstück wäre doch „gar zu lästig und langwierig" gewesen, und unmöglich hätte „der Prätor darauf verfallen können, seine eigenen Rechtsmittel durch solche Unbehülflichkeiten practisch zu entwerthen". Allein wir dürfen die römischen Formalacte nicht nach dem Maßstabe unserer Praxis bemessen. Daß man noch zu Cicero's Zeit Reisen zur Vornahme einer formalen vis ex conventu zu machen pflegte, wird außer der schon oben angeführten auch noch durch andere Stellen aus Cic. pro Caec. ganz direct bewiesen:

Digitized by Google

8, 22: Quo loco depulsus Caecina ad eum fundum profectus est, ex quo ex conventu vim fieri oportebat.

11, 32: — Caecinam, quum ad constitutam diem tempusque venisset, ut vis ac deductio moribus fieret, pulsum prohibitumque esse vi coactis hominibus et armatis.

7, 20: — placuit Caecinae constituere, quo die veniretur et de fundo moribus deduceretur; — ad diem venit in castellum Axiam, ex quo fundus is non longe abest.

In der letzteren Stelle iſt von deductio moribus die Rede. Daß dies indeſſen nur ein anderer Ausdruck für vis moribus oder ex conventu facta, höchſtens eine beſondere Art oder Anwendung davon iſt, zeigt der Vergleich mit den anderen Stellen deutlich. Welcher Fall es ſei, iſt bekanntlich eine viel beſtrittene Frage, indeſſen braucht hier darauf nicht eingegangen zu werden. Es kommt hier nur darauf an, daß der Formalact der ſymboliſchen Gewalt überhaupt noch zu Cicero's Zeit außergewöhnlich auf dem betreffenden Grundſtücke ſelber vorgenommen zu werden pflegte. War das in Einem Falle, ſo war es auch in andern jedenfalls zuläſſig, alſo namentlich auch beim interd. U. P., auf welches überdies die eine Stelle oben S. 39 ganz direct hinweiſt[1]). Daß die außergerichtliche Vornahme eine Unterbrechung der Verhandlung und eine Terminverlegung nöthig machte, kann, wenn ſolche Acte überhaupt einmal üblich waren, kaum in Betracht kommen. Daran war man von der Vindication her gewöhnt, und die Interdicte ſtammen gleichfalls aus alter Zeit und

1) Auch eine Stelle aus einem Briefe Cicero's an den Juriſten Trebatius (ad fam. 7, 13) iſt offenbar auf die außergerichtliche vis ex conventu zu beziehen: — „ubi esses, plane nesciebam; tu soles ad vim faciendam adhiberi". Dies kann natürlich nur vis ex conventu ſein. Bedeutſam iſt das „soles". Denn wenn man Rechtsgelehrte zu der Handlung zuzuziehen pflegte, ſo deutet dies auf eine beſondere Wichtigkeit, die man ihr beigelegt hat.

Digitized by Google

zeichnen sich keineswegs durch Leichtigkeit und Gewandheit in der Behandlung ihres Stoffes aus. Frontinus sagt: „interdictum, cuius est executio perplexissima“[1]). Zu Gajus Zeit wird man sich die Sache wohl jedenfalls erleichtert haben, doch wissen wir durchaus nichts näheres darüber.

§. 6.
Vim fieri veto.

Kehrt man nach dieser Abschweifung zu der oben angenommenen Ansicht zurück, daß das prätorische Verbot beim Interdicte ein ernstliches war, also auch ernstlich übertreten werden konnte, dann aber auch die sehr ernstlich gemeinten Strafsponsionen nach sich zog, so ist die nächste wichtige Frage, warum diese Strafen nicht gleich an die erste Störung des Besitzes geknüpft sind? warum man nach dieser nur erst das prätorische Verbot „vim fieri veto“ (das eigentliche interdictum) erlangen konnte, und erst wenn danach (post interdictum redditum) eine neue Störung, eine „vis adversus edictum“, begangen wird, die Strafsponsionen eintraten? Was für eine Idee liegt dieser eigenthümlichen Procedur zu Grunde? Eine Vorfrage ist freilich, ob wirklich überhaupt dem Interdicte schon eine Störung voraufgehen mußte, ob also überhaupt die ganze Unterscheidung von erster und zweiter Störung, vor und nach dem Interdicte, historisch begründet ist.

Irgend eine Veranlassung mußte das Interdict jedenfalls haben, unmöglich konnte man, wie Krüger[2]) mit Recht sagt, ohne weiteres jeden Beliebigen auf der Straße aufgreifen, zum Prätor schleppen und dort ein „vim fieri veto“ gegen ihn aussprechen lassen. Savigny[3]) meinte daher,

1) Röm. Feldmesser. 1, 44, 5.
2) Kritische Versuche. S. 107.
3) Besitz, 7. Aufl. S. 396—403.

Digitized by Google

die Hauptsache sei die erste Störung gewesen, der Hauptzweck sei daher der gewesen, Schadensersatz für diese erste Störung zu erlangen; damit sei dann das Verbot gegen weitere Störungen verbunden, und daran habe man als dritten Zweck die Regulirung des Besitzes für die Vindication geknüpft, indem man dies durch die „ganz unschuldige Fiction" der Verhütung von Gewaltthätigkeiten unter die Regel des Edicts subsumirt habe. Diese ganze Auffassung ist durch die genauere Kenntniß, die wir aus Gajus von dem Verfahren bei dem Interdicte bekommen haben, eigentlich völlig unmöglich geworden. Eine Klage auf Schadensersatz liegt danach überhaupt gar nicht in dem Interdicte. Die Klage geht zunächst nur auf den Erlaß des Interdicts: „vim fieri veto", und nachher klagt man nur aus den Strafsponsionen über die vis adversum edictum. Die Worte „neque pluris quam quanti res erit agere permittam", die sich in den Pandecten in der Interdictsformel finden, und durch die Savigny zu seiner Annahme bestimmt ist, können ursprünglich gar nicht dazu gehört haben. Sie bezogen sich wahrscheinlich auf das iudicium Cascellianum, was im Edicte mit dem Interdicte verbunden war, und sind erst von Justinians Compilatoren nach Auslassung des Cascellianum mit dem Interdicte verbunden. Darüber ist gegenwärtig wohl kaum mehr ein Zweifel[1]).

Giebt man danach den Standpunkt der Klage auf Schadensersatz auf und legt das Hauptgewicht auf das Verbot vim fieri veto, so kommt man in das Dilemma: wie konnte einerseits der Prätor, wenn noch keine Gewalt und Störung geschehen war, ein solches Verbot erlassen? und anderseits: warum gab er, wenn Gewalt und Störung stattgefunden hatten, nicht daraus sofort eine Klage auf Ersatz, sondern nur erst das

1) Vgl. Witte, das interd. U. P. S. 147 ff. Rudorff, edicti perpetui quae reliqua sunt. p. 217.

Digitized by Google

Verbot einer neuen Gewalt? Ich finde nirgend eine Antwort auf die Frage, ja kaum die Frage selber, doch ist sie nicht nur für das alte Interdict, sondern auch für das heutige Recht von entscheidender Wichtigkeit.

Die Antwort kann nämlich nur aus der allgemeinen Natur der Besitzstörungen selber entnommen werden. Eine Klage auf Schadensersatz oder gar Strafe, was ja in Rom früher stets verbunden war, setzt ein Delict voraus. Ein Delict setzt aber wieder dolus oder wenigstens culpa voraus. Sind diese nun bei Besitzstörungen immer vorhanden? Nein: sie können es sein, aber in vielen ja fast in den meisten Fällen sind sie es nicht. Wer Besitzprocesse, und zwar gerade bei Immobilien, aus Erfahrung kennt, weiß, wie oft dabei beide Parteien in optima fide sind. Jeder glaubt im Besitze zu sein, hat vielleicht auch guten Grund dafür, denkt nicht daran, in Recht oder Besitz des Gegners eingreifen zu wollen, sondern glaubt nur seinen eigenen Besitz einfach auszuüben. Oft weiß er gar nicht einmal, daß ein andrer gleichfalls im Besitze zu sein vermeint, erfährt vielmehr erst nachher durch dessen Protest oder Klage, daß seine im besten Glauben vorgenommene Benutzung der Sache von dem andern für eine Besitzstörung erklärt wird. Kann man nun das ein Delict nennen? Ist da irgendwie eine Strafe begründet? Selbst wenn der Gegner auftritt, seinen Besitz behauptet, fernere Besitzhandlungen verbietet, muß man da einfach sofort zurücktreten und ihm freies Feld lassen? Ist es ein Delict, wenn man umgekehrt seinen Besitz weiter behauptet und vielmehr ihm die ferneren Besitzhandlungen verbietet?

Das ist alles in Rom natürlich grade ebenso gewesen, wie bei uns. Es liegt in der Natur der Verhältnisse selber. Dann aber muß es auch sehr erklärlich erscheinen, daß der Prätor zu einer Zeit, wo fast noch jeder Schadensersatz in die Form einer Strafe gekleidet wurde, im Edicte nicht gleich

Digitized by Google

eine allgemeine Strafklage für alle Besitzstörungen aufstellen mochte. Manchmal konnte sie wohl passen, eben so oft mußte sie in hohem Grade hart und ungerecht erscheinen. Insofern war also ein anderer Weg eigentlich nothwendig, und die Form des Interdictenprocesses erscheint dann als ganz passend und zweckmäßig.

Die Idee war: Es wird kein allgemeines edictales Verbot der Besitzstörungen ausgesprochen, sondern Jeder, der Störungen seines Besitzes von einem andern fürchtet, sei es weil er schon gestört war, oder weil sonst die Umstände danach waren, soll den andern vor den Prätor rufen und dort das Verbot gegen ihn auswirken. Ob der Prätor es erlassen wollte, stand natürlich in seinem Ermessen. Er war ja keine Maschine, an der man nur die Feder zu ziehen braucht, damit sie losgeht. Wir wissen, daß er nicht mit sich spaßen ließ. Das Verbot wurde auf vis gestellt. Aber darunter wurden nicht blos eigentliche Gewaltthaten verstanden, sondern jede Störung des Besitzes, sowohl die positive durch eigene Besitzhandlungen als die negative durch Prohibitionen, Verbote u. dergl. Befürchtung und Gefahr eigentlicher Gewalt war also nicht nöthig. Darum verstand sich, wenn beide Theile Besitzer zu sein behaupteten, die Befürchtung vor gegenseitiger Störung ganz von selbst, weil dann jeder seinen vermeinten Besitz fortsetzen und ausüben will, und jede Ausübungshandlung von dem, der in der That nicht besitzt, eo ipso eine Störung des andern, insofern also, sobald sie verboten war, eine vis war. Der Fall, daß von keiner Seite eine Störung zu befürchten war, also wenn beide die Sache überhaupt gar nicht anrühren wollten, sondern friedfertig nur eine Entscheidung darüber, wer Besitzer sei, verlangen und bis dahin sich aller und jeder Besitzhandlung enthalten wollten, konnte freilich kaum vorkommen, weil man ja nie weiß, was der Gegner thun wird. Wenn er aber vorkam, so paßte

Digitized by Google

er doch auch unter die Form. Die Parteien erklärten dann dem Prätor ihre Absicht, erwirkten das Interdict, nahmen eine vis ex conventu vor, setzten die Sponsionen recht gering an, und erreichten damit vollständig was sie wollten. Das wäre dann Savignys „ganz unschuldige Fiction" und Iherings Präjudicalklage. In allen Fällen aber stand, sobald das Interdict erlassen war, die Sache wesentlich anders als vorher. Jetzt konnte keiner mehr einfach und unbefangen seinen vermeinten Besitz ausüben, denn jetzt wußte jeder, daß sein Besitz von dem andern bestritten war, und daß jede, auch die geringste, Besitzhandlung, die er ausübte, falls er später seinen Besitz nicht beweisen konnte, eine Verletzung des prätorischen Verbotes enthielt, also eine vis adversus edictum war. Jetzt konnte daher füglich Jeder, der so handelte, zu Schadensersatz und Strafe verpflichtet werden. Die Strafe war aber auch jetzt keine feste edictale, sondern sie wurde von den Parteien selber den Verhältnissen gemäß durch Strafsponsionen festgestellt. Der etwaige Schadensersatz wurde natürlich in die Strafe mit aufgenommen, und nach Umständen wird man auch den Schadenersatz für die erste Störung, die das ganze veranlaßt hatte, mit in die Sponsion aufgenommen haben. Denn durch die Entscheidung über die Sponsionen wurde ja nun nachträglich und von selbst implicite auch über die Unrechtmäßigkeit jener früheren Handlung mit entschieden. Doch konnte man, da jetzt durch das Interdict für den Besitz als solchen gesorgt war, die Verfolgung jenes Schadens auch einer actio Aquilia überlassen.

Der weitere Verlauf nach dem Erlasse des Interdicts konnte sich verschieden gestalten. Wollten die Parteien die Sache bald erledigen, so konnten sie nach Uebereinkunft eine vis ex conventu vornehmen und darüber die Sponsionen schließen. Waren sie aber unschlüssig, so konnten sie sich die Sache überlegen und jeder abwarten, was der Gegner thun

Digitized by Google

würde. Wer seiner Sache sicher war, konnte sich ruhig im Besitze behaupten, und seine Besitzhandlungen fortsetzen, nöthigenfalls auch mit Gewalt; denn durch die Formel Uti possidetis etc. wurde nicht beiden Theilen unbedingt jede Gewalt verboten, sondern nur dem Nichtbesitzer gegen den Besitzer, jedem also nur bedingt für den Fall, daß er seinen Besitz nicht beweisen könnte. Dadurch hatte es aber jeder von beiden in der Hand, sobald der andere Besitzhandlungen vornahm, sofort die Weiterführung des Processes durch die Sponsionen zu veranlassen. Indessen brauchte man auf solche Besitzhandlungen des Gegners nicht zu warten. Wollte man sogleich eine Entscheidung herbeiführen, so hatte man das Recht, vom Gegner zunächst die gemeinsame Vornahme einer formalen vis ex conventu zu verlangen, und darauf hin dann weiter auch die Abschließung der Sponsionen und alles übrige, die s. g. caetera ex interdicto, zu fordern.

§. 7.

Umwandlung des Interdicts im Justinianischen und heutigen Rechte.

Es kommt nun die Frage, welche Gestalt das interd. U. P. nach der Aufhebung des alten Interdictenprocesses erhalten hat, und wie es danach im Justinianischen Rechte aufzufassen ist. Die Frage hat für uns eine unmittelbar practische Bedeutung, weil das Princip, was dem Interdicte im Justinianischen Rechte zu Grunde liegt, auch im heutigen Rechte als daß maßgebende anzusehen ist. Die heutige Scheidung von ordinarium und summariissimum ist nur von secundärer Bedeutung. Worin das Princip bestehe, ist nun aber bekanntlich bei uns in Theorie wie in Praxis in höchstem Grade bestritten; man schwankt namentlich zwischen der Delictsklage aus der Störung des Besitzes und der Präjudicialklage über das Dasein des Besitzes. Der Streit hat

Digitized by Google

etwas höchst eigenthümliches, weil in der That beide Standpunkte zu der Gestalt, die die Klage in der Praxis wirklich factisch hat, entschieden nicht passen. Eine Delictsklage ist die Besitzklage nicht, weil man ein Delict annehmen müßte, was gar kein Delict ist, ein Delict, das ohne dolus und culpa, ohne Ahnung des Unrechts, optima fide begangen werden kann, auch von juristischen Personen, ohne alle Handlungen durch bloße Behauptungen ja selbst durch Naturereignisse, bei dem der Delinquent, wenn er in fremdem Auftrage handelte, auctoris nominatio ohne eigene Haftung hat, u. s. w.; und was dann anderseits doch wieder so schwer genommen würde, daß der Thäter außer zum Schadensersatze auch noch besonders, und zwar principaliter und bei Strafe, verurtheilt würde, es nicht wieder zu begehen, eine Maßregel, die ja bei den schwersten Verbrechen, Diebstahl, Raub, Dejection, Betrug u. s. w. nie vorkommt. Eine Präjudicalklage ist die Besitzklage aber ebenso wenig; denn begründet wird sie durch geschehene und ferner drohende Störung, der Antrag geht auf Verurtheilung des Gegners, die Störung zu unterlassen, und zwar bei Strafe, und für die schon begangene Störung Schadensersatz zu zahlen, und das Erkenntniß enthält wesentlich Condemnation oder Absolution des Verklagten, die Entscheidung über den Besitz an sich bildet nur eine Incident-Präjudicialfrage für die Verurtheilung.

Also weder Delicts- noch Präjudicialklage! Aber was denn sonst? Die Antwort beruht auf der Frage, was aus der alten Interdictsklage im Justinianischen Rechte geworden ist. Wenn das richtig ist, was oben ausgeführt ist, daß der Mittelpunkt der Klage im alten Rechte das prätorische Verbot „vim fieri veto“ war, so muß im neueren Rechte zunächst alles darauf ankommen, welche Bedeutung dieses Verbot im neuen Rechte gewonnen hat. Man nimmt in der Regel an, und ich habe es selbst angenommen, das specielle Verbot des

Digitized by Google

Prätors sei jetzt zu einem allgemeinen gesetzlichen Verbote erhoben, und wie man früher aus der Verletzung des speciellen Verbotes auf die Strafsponsionen geklagt habe, so klage man jetzt aus der Verletzung des allgemeinen Verbotes auf Schadensersatz; deshalb könne man jetzt aus einer stattgehabten Störung sofort klagen, ohne vorhergiges specielles Verbot, andererseits könne man jetzt aber auch „erst dann klagen, wenn eine thatsächliche Störung stattgefunden habe“ [1]). Von diesem Standpunkte aus ist die „vis“, und zwar im Sinne von Verletzung des Gesetzes, wesentliche und unerläßliche Voraussetzung und der eigentliche rechtliche Grund der Klage, und ihr Hauptgegenstand der Schadensersatz für die begangene vis, die Klage ist also wesentlich eine actio ex delicto auf Schadensersatz.

Entspricht das nun der Behandlung der Klage in der heutigen Praxis? Ganz und gar nicht, wie Jeder weiß, der jemals einen Besitzproceß unter den Händen gehabt hat. Vielmehr genügt als Klagegrund ganz objectiv jede, auch die allerunbefangenste, Beeinträchtigung des Besitzes. Das Urtheil geht aber principaliter stets auf Verbot der Störung bei Strafe und nur accessorisch und eventuell auch auf Schadensersatz, nämlich nur wenn ein Schaden vorhanden und der Ersatz gefordert ist, was gar nicht immer der Fall ist. Offenbar hat diese moderne Besitzklage unserer Praxis in ihrem innersten Wesen ein anderes Princip als das, was man gewöhnlich aus dem römischen Rechte construirt. Sie ist ihrer Grundidee nach keine Schadensersatzklage, sondern in Wahrheit eine Besitzklage auf Schutz des Besitzes gegen Störung. Es hilft nichts, daß man das Erforderniß der Gewalt möglichst zu verkleinern und auf ein minimum zu reduciren sucht,

1) Witte, das interd. U. P. S. 138—40. Savigny hat den Unterschied des alten und neuen Processes in dieser Beziehung gar nicht besprochen. Im Resultate hat er bekanntlich ganz den Delictsstandpunkt.

Digitized by Google

sie statt delictum nur maleficium nennt, und dazu eine Eintheilung von Real- und Verbalstörungen aufstellt, über die sich Ihering[1]) mit Recht lustig macht, und daß man principlos bereit ist, für Nothfälle auch Verbote künftiger Störungen und Cautionen zuzulassen[2]). Die Grundidee ist und bleibt eine andere. Nun könnte man dies zwar immerhin für eine Umwandlung des römischen Rechtes durch die moderne Praxis erklären, allein bedenklich ist dies immer, namentlich aber im vorliegenden Falle schon darum, weil unser moderner Besitzproceß dem altrömischen Interdictenprocesse seinem Principe nach viel näher steht, als jener angebliche spätere römische Proceß. Die Idee des Interdictenprocesses war: Antrag auf Verbot der vis, wirkliches Verbot, Strafe für Verletzung; die des heutigen Processes ist: Antrag auf Verbot, wirkliches Verbot bei Strafe, event. wirkliche Strafe für Verletzung. Anders ist bei uns im wesentlichen nur die Behandlung von Schadensersatz und Strafe. Sollte nun diese Aehnlichkeit mit dem Interdictenprocesse wirklich erst in unserer Praxis, die vom alten Interdictenprocesse vor Gajus nichts gewußt hat, wiederhergestellt sein, im späteren römischen Processe aber, der aus dem alten Processe hervorging, verschwunden gewesen sein?

Dazu kommt, daß das angebliche neue Verfahren ganz stillschweigend eine große Beschränkung des Besitzesschutzes eingeführt hätte. Witte[3]), der die Frage am eingehendsten und gründlichsten behandelt hat, hebt selber den Unterschied hervor, daß nach altem Rechte wegen „befürchteter Störungen" das Interdict verlangt werden konnte, daß „bereits stattgehabte Störung nicht nöthig" war, das Interdict vielmehr

1) Besitzesschutz, S. 94.
2) Witte, S. 140—1.
3) Das interdictum U. P. S. 138—9.

Digitized by Google

„eine Vorkehrung gegen zukünftige Störungen" bildete, und daß dagegen im neuen Rechte nur geklagt werden könne, „wenn bereits eine thatsächliche Störung stattgefunden hat". Woher und warum diese Verschiedenheit? Wenn das alte Recht Schutz gegen drohende Störungen gab, warum sollte das neue Recht dieses beseitigt und sich auf Schadensersatz wegen geschehener Störungen beschränkt haben? Das neuere Recht ist doch sonst nie und nirgend engherziger als das alte gewesen, warum denn hier an dieser einzigen Stelle?

Unter diesen Umständen muß man von vornherein zweifelhaft werden, ob wirklich der Uebergang des alten Processes in den neuen in dieser Weise vor sich gegangen sei. Fragt man, wo es geschrieben stehe, so findet man es nirgend. Im Gegentheil haben Justinians Compilatoren das prätorische Edict und Ulpians Commentar dazu einfach in die Pandekten aufgenommen, zwar mit Streichung alles dessen, was sich auf die alte Interdictenform bezog, aber im übrigen ohne die geringste Andeutung, daß in der Sache selbst eine Aenderung eingetreten wäre. Man hat das Ganze nur aus der Formel des Interdicts gefolgert, indem man diese als ein allgemeines gesetzliches Verbot ansieht, dessen Verletzung die Grundlage der modernen Klage bilde. Allein das ist eben falsch, und darin liegt der Grundfehler. Der Satz: „Uti possidetis quominus possideatis vim fieri veto" ist schon seinem Wortlaut nach kein allgemeines gesetzliches Verbot, sondern ist immer nur die Formel des Prätors, die die Compilatoren zunächst historisch als solche mit der Einleitung „Ait praetor" aus Ulpians Commentare aufgenommen haben, weil der Commentar selber ohne sie nicht wohl zu verstehen war. Sie haben ihr dann weiter auch historisch die oben besprochene Angabe von Ulpian beigefügt:

Huius interdicti causa proponendi haec fuit: etc.

Was aber ihre practische Bedeutung im neuen Rechte

Digitized by Google

sei, das haben sie ganz der Interpretation überlassen, und dafür bildet der Ausgang auch bei ihnen noch der alte Satz von Ulpian:

Hoc interdictum — huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet.

Darin liegt deutlich, daß sie es sicher nicht im Sinne hatten, der Klage eine andere practische Bedeutung zu geben, als Ulpian angenommen hatte. Hätten sie gemeint, die Klage solle jetzt nicht mehr auf Schutz gegen zukünftige Störungen, sondern auf Schadensersatz für vergangene gehen, so hätten sie Ulpians Commentar ganz anders zuschneiden müssen. Aber, wird man fragen, was bedeutet das: „huius rei causa redditur", da doch das reddere im neuen Processe nicht mehr geschieht? Die Antwort darauf geben die Institutionen[1]):

Hodie — non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Man versteht dieses „ex causa interdicti" allgemein so, als ob jetzt aus dem Interdicte, als einem allgemeinen Gesetze, eine Klage gegeben würde, diese also an die Stelle der alten Sponsionen und Sponsionsklagen getreten wäre. Allein das ist ganz offenbar falsch. Es heißt ja ganz bestimmt und deutlich, es sei nicht mehr nöthig ein Interdict zu erlassen, weil auch ohne dasselbe ebenso geurtheilt werde, wie wenn „ex causa interdicti", d. h. aus dem Grunde des Interdicts, eine utilis actio gegeben wäre. Man beachte wohl, es heißt nicht: „perinde atque si interdictum redditum fuisset", sondern: „perinde atque si ex causa interdicti actio reddita fuisset," also nicht: wie wenn ein Interdict erlassen wäre, sondern: wie wenn aus dem Grunde des Interdicts, statt das Rechts auf das Interdict selber, eine einfache Klage gegeben

1) §. 8. I. de interdictis (4, 15).

Digitized by Google

wäre. Hieße es: wie wenn ein Interdict erlassen wäre, so wäre die gemeine Meinung richtig, dann wäre die neue Klage an Stelle der alten Klage aus dem Interdicte. Aber da es heißt: wie wenn aus der causa des Interdicts eine Klage gegeben wäre, so kann dies nur bedeuten, daß man aus der causa des Interdicts kein Interdict mehr zu fordern braucht, sondern gleich direct klagen kann. Dann ist mithin die neue Klage an die Stelle der alten Klage auf das Interdict, nicht aus dem Interdicte getreten. Im übrigen aber soll der Sache nach perinde iudicari. Damit ist jede Umwandlung der Klage auf Besitzesschutz in eine auf Schadensersatz direct ausgeschlossen. Somit hat das „ex causa interdicti" seine volle Erklärung in Ulpians:

huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet;

Danach ist die neue „actio utilis" noch immer wirklich eine Klage auf Schutz im Besitze und nicht blos auf Schadensersatz, ihr Zweck nach wie vor Verhinderung der Gewalt gegen den Besitzer, also Verbot der Gewalt, ev. mit Strafdrohung; ihr Grund ist nicht die begangene Gewalt, sondern die drohende und befürchtete, und deshalb hat der Richter, wie früher der Prätor beim Interdicte, freie Hand, wann er eine Klage auf Verbot der Gewalt und Schutz gegen sie für begründet ansehen will. Der Unterschied der Klage des neuen Rechts und der bei dem alten Interdict liegt also nicht in der Begründung, sondern im Resultate. Die alte Klage führte zunächst nur zu dem Verbote des Prätors und dann erst mittelbar zu einer eigentlichen Verurtheilung, die neue führt wie jede Klage direct zur Verurtheilung. Allerdings ist auch diese Verurtheilung ein Verbot, aber dies hat eine wesentlich andere Bedeutung, als das alte prätorische. Denn das alte Verbot war unbestimmt „Uti possidetis," und rief erst die Untersuchung über den Besitz hervor, das neue Urtheil wird erst nach der Untersuchung erlassen und sein Ver-

Digitized by Google

bot ist darum bestimmt gegen den gerichtet, der in der Untersuchung unterliegt.

Daß dieses alles richtig ist, und daß die Sache sich wirklich so, wie hier ausgeführt ist, verhalten hat, daß also die Besitzklagen in der Zeit nach dem Aufhören des alten Interdictenprocesses wirklich immer noch als Klagen auf Schutz im Besitze und Verbot der Gewalt behandelt sind, dafür haben wir im Codex eine zwar nie beachtete aber doch ganz unzweideutige Bestätigung in einem Rescripte von Diocletian, der L. un. C. Uti poss. (8, 6.)

Durch Diocletian oder kurz vor ihm ist der alte Interdictenproceß aufgehoben. Grade bei ihm ist also das Princip der neuen Gestalt zu suchen. Er rescribirt nun in der L. un. cit.:

Uti possidetis fundum, de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, Rector provinciae vim fieri prohibebit, ac — de proprietate cognoscet.

Die Formulirung des Rescripts nach dem Muster des alten Interdicts muß sofort auffallen, aber das Rescript ist darum nicht selber das Interdict, denn der Kaiser verweist den Petenten an den rector provinciae; aber er sagt auch nicht, Petent solle von diesem das Interdict erwirken, das existirte ja gar nicht mehr, vielmehr wird dem Petenten, wie bei allen Rescripten der Kaiser, der Hauptinhalt der Entscheidung, die er von dem betreffenden Beamten auf seine Klage erhalten werde, mitgetheilt. Der Kaiser sagt also: der Rector wird untersuchen, wie Ihr besitzt, d. h. wer von Euch beiden besitzt, und danach: „vim fieri prohibebit.“ Dieses ist natürlich nichts anderes als eben das Erkenntniß, welches jetzt vom Rector prov. in der utilis actio ex causa interdicti gefällt werden sollte. Dieses „prohibebit“ ist also kein unbestimmtes Verbot mehr wie das alte prätorische, sondern nun bestimmt auf den wirklichen Besitzer gestellt. Es war im

Digitized by Google

wesentlichen dasselbe als wenn wir heutzutage erkennen: Verklagter sei schuldig, sich aller ferneren Störungen (bei 20 Thaler Strafe) zu enthalten, vim fieri prohibemus.

Dabei ist hervorzuheben, daß in dem Falle des Reskripts, wie der Schlußsatz „ac de proprietate cognoscet" zeigt, Besitz und Eigenthum zusammen streitig waren. Dennoch wird nicht blos präjudicial über den Besitzstand und die Parteirollen erkannt, sondern auch hier wird über den Besitz nur in Form seines Schutzes erkannt. Dies ist also auch hier wie im alten Rechte und wie bei uns formell der Hauptinhalt des Urtheils, die Entscheidung über den Besitzstand ist darin nur indirekt und implicite enthalten, da sie die Präjudicialfrage für den Schutz bildet.

Schadensersatz für eine geschehene Störung ist in dem Reskripte gar nicht erwähnt. Vielleicht war er gar nicht gefordert. Jedenfalls sieht man, daß er schon damals, wie bei uns, nur als Nebenpunkt angesehen wurde und nicht, wie nach Savigny's Theorie, den Hauptinhalt der Klage bildete. Dies wird auch durch die Art, wie er in den Pandekten behandelt ist, bestätigt. Allerdings finden sich in den Edictsworten in L. 1 pr. h. t. am Schlusse die Worte:

neque pluris, quam quanti res erit, intra annum — agere permittam.

Indessen ist schon oben bemerkt, daß diese Worte sich im alten Edicte unmöglich auf das eigentliche Interdict haben beziehen können, sondern nur auf das iudicium secutorium oder Cascellianum, von dem Gajus 4,166 spricht, und hier nur den Schaden betrafen, der aus der Anmaßung des Besitzes durch die fructus licitatio entstanden war[1]). In den Pandekten sind die Worte nun zwar mit dem Interdicte selbst in Verbindung gesetzt, aber in der eigenthümlichen Weise,

1) Vgl. Rudorff, edicti perpetui quae reliqua sunt. p. 217.

Digitized by Google

daß hinter den eigentlichen Interdictsworten erst die Worte kommen:

de cloacis hoc interdictum non dabo

und sich erst daran die Worte „neque pluris" etc. schließen. Huschke[1]) will sie daher überhaupt nur auf die Kloaken beziehen und von einer actio in factum bei denselben verstehen. Da indessen in L. 3. §. 11. h. die Worte „quanti res erit" als Theile des Edicts über das U. P. angeführt sind, so muß man sie auch in L. 1 pr. darauf beziehen. Jedenfalls zeigt die L. 3. §. 11, daß man die neue actio utilis ex causa interdicti mit auf Schadensersatz richten konnte, was ja auch nach der Aufhebung der alten Sponsionen eigentlich ganz nothwendig war. Als Gegenstand des Schadensersatzes ist in §. 11 zwar nicht der durch die Störung verursachte Schaden angegeben, sondern: „quanti unius cuiuscunque interest possessionem retinere," und darunter war früher bei dem iudicium secutorium einfach das Interesse des durch die fructus licitatio entzogenen interimistischen Besitzes verstanden. Allein im Zusammenhange des neueren Rechtes, wo die fructus licitatio mit dem interimistischen Besitze ganz weggefallen ist, muß man es allgemein auf das Interesse der Erhaltung eines ruhigen und ungestörten Besitzes beziehen und daher auch den Schadensersatz für eine begangene Störung mit darunter fassen. Daß indessen dieses die einzige Stelle ist, die überhaupt bei dem ganzen Interdicte den Schadensersatz behandelt, zeigt deutlich, daß der Schadensersatz offenbar nicht als der Hauptzweck des Interdicts im neueren Rechte angesehen wurde. Bei dieser Dürftigkeit der Quellen läßt sich darum auch die Frage gar nicht sicher aus ihnen entscheiden, ob die Schadensersatzpflicht nur eintritt, wenn die Störung culpa oder dolo begangen ist, oder auch bei ganz unbefangener. Die heutige Praxis

1) Gajus, S. 195 ff.

Digitized by Google

unterscheidet nicht, und geht insofern über die gewöhnlichen Grundsätze von Ersatzpflicht hinaus. Ich glaube aber auch nicht, daß die römische hier einen Unterschied gemacht hat.

Das Resultat der ganzen Ausführung ist mithin, daß der Charakter, den die Besitzklage in der heutigen Praxis hat, im wesentlichen auch schon im späteren römischen Rechte ihr zu eigen war, nämlich der einer Klage auf Schutz im Besitze gegen Gewalt nebst Schadensersatz für begangene Störungen. Daraus erklärt es sich, daß im Mittelalter bei der Wiederbelebung des römischen Rechts durch die Glossatoren diese Auffassung gleich von Anfang an allgemein angenommen und in der Praxis durchgeführt wurde. Ich habe nähere Angaben darüber früher zusammengestellt [1]) und will hier nur hinzufügen, daß die Hauptgrundlage dafür wie natürlich die L. un. C. uti poss. mit ihrem „vim fieri prohibebit" war. Man bildete daraus die Urtheilsform:

Quia cognovi, istum esse potiorem, idcirco condemno hunc, ne inquietet illum.

die in verschiedenen, zum Theil seltsamen, Anwendungen in der Glosse zu dem Worte „prohibebit" durchgeführt ist. Ganz dem entsprechend lautet auch die Entscheidung in dem berühmten c. 9. X. de probationibus von Innocenz III:

— cum ecclesia in interdicto sit superior, commune Faventinum condemnamus, prohibentes eidem, ut praesumat ecclesiam aliquatenus molestare.

Mit Recht ist das daher bis auf den heutigen Tag so geblieben. Savignys Opposition gegen das Störungsverbot als Hauptinhalt des Erkenntnisses ist ebenso fruchtlos geblieben, als sie unbegründet war. Nicht nur das preußische und österreichische Gesetzbuch fassen die Besitzklagen der Praxis ihrer Zeit gemäß als Klage auf Schutz des Besitzes gegen

1) Besitz im Mittelalter. S. 115—7.

Digitized by Google

Störung auf[2]), sondern auch noch das neueste Gesetzbuch, das sächsische, bestimmt in § 205:

„Wer im Besitze gestört wird, kann auf Schutz im Besitze, auf Androhung einer Strafe für weitere Störungen, und auf Ersatz der entstandenen Schäden klagen".

§. 8.

Das practische Princip des Interdicts.

Die Consequenzen, die sich aus dieser Auffassung der Natur der Besitzklage für die practische Behandlung ihres Klagegrundes ergeben, sind bedeutend; nur von diesem Standpunkte aus läßt sich eine Reihe von Unsicherheiten und Schwankungen, die sich in unserer Praxis dabei finden, beseitigen. So sehr nämlich unsere Praxis auch daran festhält, daß der Zweck der Klage in dem Schutze des Besitzes durch Verbot der Störung bestehe, so wenig hat sie sich von der Idee frei halten können, daß ihr Grund in einer wirklich begangenen vis liege. Man sagt zwar scheinbar ganz objectiv, Besitz und Störung seien die beiden Erfordernisse einer Besitzklage, allein bei dem Worte Störung wird dann ohne weiteres aus den Worten des prätorischen Interdicts der Begriff einer vis untergeschoben. Dadurch drängt sich stets die Frage auf, wie der Begriff der vis eigentlich zu verstehen sei, und wie weit er reiche. Es tritt das namentlich in folgenden Beziehungen hervor:

1) ob eine thatsächliche Störung durch wirkliche Handlungen nöthig sei, oder ob schon bloße Drohungen und Vorbereitungen genügen, oder selbst auch bloße verbale Behauptungen eigenen oder Bestreitungen des fremden Besitzes;

2) ob die thatsächlichen Störungen und Eingriffe rein als solche genügen, oder ob dabei Bewußtsein und Absicht den fremden Besitz zu stören erforderlich sind;

1) Preuß. 1, 7, 150—51. Oesterr. §. 339.

Digitized by Google

3) ob die Störungen auf der Behauptung eigenen Besitzes beruhen müssen, oder ob sie auch von Nichtbesitzern aus Anmaßung, Rücksichtslosigkeit, Nachlässigkeit u. s. w. geschehen können;

4) ob die Störung das Besitzverhältniß als solches betreffen muß, d. h. eine Beziehung auf den Besitz als solchen haben und eine Beeinträchtigung desselben enthalten muß, oder ob jede Handlung gegen die besitzende Person oder die besessene Sache die Klage begründet;

5) ob einzelne Handlungen nöthig sind, oder ob auch das Dasein von dauernden Vorrichtungen an Grund und Boden, Gebäuden u. s. w., die den Besitz beeinträchtigen, die Klage begründet.

Uebersieht man diese Fragen, die gewiß jedem älteren Praktiker schon vorgekommen sind, so sieht man leicht, in wie verschiedenem Umfange die Besitzklagen zugelassen werden können. Unzweifelhaft neigt die Praxis zu einer möglichst weiten Zulassung, sie ist aber in ihrer Begründung sehr rathlos und sucht vergebens nach einem Principe, welches für alle Fragen entscheiden könnte. Gewöhnlich sucht man sich mit dem Begriffe der vis so gut als möglich abzufinden, man setzt ihn in Gegensatz zur vis atrox beim interd. U. V. und giebt ihm durch die Unterscheidung von Real- und Verbalstörung einen möglichst weiten Umfang. Allein der Begriff der vis, wenn man sie auch noch so weit nimmt, setzt doch immer absolut wesentlich eine gegen den andern gerichtete Absicht voraus. Wenn ich aber im Glauben, daß ein Stück Land zu meinem Besitze gehöre und ohne Ahnung, daß sich der Gegner den Besitz daran zuschreibt, benutze, oder wenn meine Schafe aus Unachtsamkeit des Hirten über die Gränze laufen und auf des Nachbars Grundstücken weiden, so kann dies in gar keiner Weide unter den Begriff der vis gebracht werden, und doch gilt es unzweifelhaft als Besitzesstörung.

Digitized by Google

Allerdings wenn der Gegner es verbietet und es nun doch geschieht, so ist dieses nun wirkliche vis, allein dann würde die Klage erst aus der zweiten Handlung entstehen, die Praxis läßt die Klage aber unbedingt schon aus der ersten noch ganz unbefangenen Handlung zu. Bei den s. g. Verbalstörungen aber kann man zwar eigentliche Verbote und Drohungen allenfalls als vis bezeichnen, aber doch nicht die bloße Behauptung, oder Aeußerung, daß man einen Besitz oder Quasibesitz habe und ausüben werde, oder daß der andere ihn nicht habe und man seine Ausübung nicht mehr dulden werde. Und doch sagt ein natürliches Gefühl in der Praxis, daß man die Besitzer in solchen Fällen nicht anweisen darf zu warten, bis die Behauptungen zu Drohungen und die Drohungen zu Thaten werden.

Man sieht, die Begründung der Klage durch vis ist in der Praxis reiner Schein und Täuschung. Die Störung wird stets ganz objectiv genommen und nie ein Gewicht darauf gelegt, ob sie mit Bewußtsein und Absicht vorgenommen ist, oder unbefangen und bona fide. In neuerer Zeit haben daher manche Gerichte, um von dem Erfordernisse der vis loszukommen, die Idee Vangerow's und Ihering's von der präjudicialen Natur der Klage zu Hülfe genommen, die Störung sei unwesentlich, die Regulirung der Parteirollen für die Vindication sei die Hauptsache und darum genüge die bloße controversia possessionis[1]). Allein das ist eine ganz unglückliche Aushülfe. Abgesehen davon, daß es ganz falsch ist, den Ausdruck controversia possessionis auf den Fall des zweifelhaften Besitzstandes zu beschränken[2]), würde damit die Besitzklage auf den kleinen Kreis von Fällen beschränkt, wo

1) So die Urtheile in Seufferts Archiv, 7, 41. 24, 34.

2) In L. 3. §. 2. U. P. heißt es auch bei einseitiger Störung: „videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione".

Digitized by Google

beide Theile Besitzer zu sein behaupten, alle rein einseitigen Besitzstörungen jeder Art wären ausgeschlossen. Das ist nach römischem Rechte durchaus falsch, und für die heutige Praxis in gar keiner Weise ausreichend. Aber auch selbst im Falle zweifelhaften Besitzstandes würden die Parteien mit der bloßen präjudicialen Entscheidung meistens gar nicht zufrieden sein, sie wollen ein bestimmtes Verbot mit Strafandrohung für jede Störung, und zwar nicht blos, wenn schon Störungen stattgefunden haben, sondern auch ohne das, weil Störungen hier stets zu fürchten sind, auch bei an sich friedlichen Leuten. In der Praxis wird daher auch stets auf Verbot sowohl angetragen als erkannt. Reine Präjudicialklagen sind zwar möglich, aber äußerst selten.

Alle diese Widersprüche und Inconsequenzen werden nur vermieden, wenn man den Standpunkt sowohl der Delicts- als der Präjudicialklage vollständig aufgiebt und dem römischen Rechte gemäß die Besitzklage wirklich als actio retinendae possessionis auffaßt, d. h. als actio, quae tuetur possessionem, ne amittatur, ne inquietetur, ne vis fiat possidenti, also als Klage auf Schutz des Besitzes gegen (drohende) Störung oder Entziehung.

Die Hauptsache bei der Klage ist das Verbot der Störung, das vim fieri veto, also die Verhütung, Verhinderung, Abwehr einer zukünftigen aber drohenden und gefürchteten Störung oder Beeinträchtigung oder gar Entziehung. Die vergangene verübte Störung hat nur die Bedeutung, daß sie die Gefahr und Befürchtung der zukünftigen Störung und damit das Verbot derselben begründet; sie könnte aus sich selber nur eine Aquilische Klage auf Schadensersatz hervorrufen, die Besitzklage begründet sie nur insofern, als sie die Befürchtung der Wiederholung, also einer neuen drohenden Störung, begründet. Nur daraus erklärt sich, daß das Verbot den principalen und der Schadensersatz nur den accesse-

Digitized by Google

rischen Bestandtheil in der Klage wie im Urtheile bildet, und nicht umgekehrt. Das allein ist die wahre römische Auffassung, und ebenso der Sache nach, wenn auch unbewußt, der Standpunkt der modernen Praxis.

Vielleicht wird mancher mit Entsetzen fragen, was denn das für eine Klage sei, wo die Furcht des Klägers den Grund der Klage bilden solle? Wenn man indessen statt der subjectiven Furcht die objectiv zu fürchtende, also die drohende und darum gefürchtete Gefahr nimmt, so wird die Sache wohl schon plausibler; denn man wird dann an die cautio damni infecti denken, auf die ja auch wegen drohender und zu fürchtender und darum gefürchteter Gefahr geklagt wird. Man wird sich dann weiter an die noch näher liegende Analogie der actio negatoria erinnern. Bei dieser ist ja auch der Schadensersatz für den begangenen Eingriff in das Eigenthum nicht die Hauptsache, dazu reichte die Aquilia aus, sondern die Verhütung und Abwehr der Wiederholung, also der ferneren Störung, also der gefürchteten, weil drohenden Störung. Darum geht ja auch hier das Urtheil nach der Aberkennung des prätendirten Rechts zugleich auch auf das Verbot aller ferneren Störungen und Eingriffe. Danach wird man sich dann auch vielleicht veranlaßt sehen, einen weiteren Vergleich zwischen den Eigenthums- und Besitzklagen zu ziehen, und dann finden, daß vindicatio und negatoria in einer sehr deutlichen Parallele mit interd. U. V. und U. P. stehen. Vindication und U. V. dienen zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes, negatoria und U. P. zum Schutze gegen Eingriffe und Beeinträchtigungen des vorhandenen Besitzes; Vindication und negatoria vom Standpunkte des Eigenthums, U. V. und U. P. vom Standpunkte des Besitzes. Dadurch wird man von selbst weiter auf eine ganz allgemeine Unterscheidung der Klagen in positive und negative hingeführt, die dem Unterschiede von Vindication und Negatoria zu Grunde liegt,

Digitized by Google

an sich aber eine viel weiter greifende Bedeutung hat. Die meisten Rechte und Klagen gehen darauf, daß der Gegner positiv etwas thue, sei es eine Sache gebe, oder eine Handlung vornehme, einen Schaden ersetze u. s. w. Einzelne Rechte können aber auch darauf gehen, daß der Gegner negativ etwas nicht thue, etwas unterlasse, und dann können auch die Klagen aus solchen Rechten darauf gehen, daß der Verklagte verurtheilt werde, die Handlung nicht zu thun, also daß sie ihm verboten werde, natürlich in wirksamer Weise mit Strafandrohung. Natürlich sind solche negative Klagen nur bei solchen Handlungen möglich, die öfter und wiederholt vorgenommen werden können; denn wenn Jemand nur verpflichtet ist, eine Handlung nicht zu thun, die nur Einmal möglich ist, z. B. einen Baum nicht umzuhauen, so kann er, wenn er sie doch gethan, natürlich nicht auf Verbot, sondern nur auf Schadensersatz verklagt werden. Ebenso wenn er eine an sich öfter mögliche Handlung nur Ein Mal zu unterlassen verspricht. Doch hängt auch bei den öfter möglichen Handlungen die Zulässigkeit einer Klage auf Verbot im einzelnen noch von weiteren Umständen ab, auf die aber hier nicht weiter einzugehen ist[1]), es genügt hier an der allgemeinen Möglichkeit der Klage auf Verbot. Dagegen ist der Unterschied, ob solche negative Rechte selbständig sind, wie z. B. die negativen Servituten, die Bannrechte, Windscheids Vertrag mit dem störenden Clavierspieler[2]) u. a., oder ob sie nur negative Elemente und Bestandtheile anderer Rechte sind, wie das Recht des Eigenthümers und Besitzers auf Verbot von Störungen, im allgemeinen gleichgültig. Man nennt die selbständigen Rechte auf Verbot wohl vorzugsweise Prohibitionsrechte, indessen wird der Ausdruck ius prohibendi ebensowohl von dem

1) Z. B. haben die Römer bei Obligationen oder wenigstens Stipulationen auf non facere sicher keine Klage auf Verbot zugelassen.

2) Windscheid, Pandekten, §. 251. n. 3.

Digitized by Google

allgemeinen Rechte des Eigenthümers gebraucht wie von dem besondern des Servitutberechtigten bei den negativen Servituten, und die bekannte actio prohibitoria ist grade umgekehrt nicht die Klage für prohibitorische Servituten, sondern nur eine besondere Formulirung der actio negatoria des Eigenthümers [1]). Von den prohibitorischen Interdicten steht das interd. U. P. der actio prohibitoria ziemlich analog, die übrigen erstrecken sich auf sehr verschiedene Gebiete, immer aber gehen sie dahin, daß gefürchtete Störung oder Verhinderung von Handlungen, die der Kläger wegen eines Rechtes oder Besitzes oder Quasibesitzes vornehmen will und darf, verboten und verhütet werden sollen. Eine schon geschehene Störung oder Hinderung ist meistens die Veranlassung, allein der eigentliche Zweck des Interdicts ist nicht Schadensersatz für diese zu bekommen, sondern ein Verbot der Wiederholung zu erlangen, der Schadensersatz kann nur accessorisch hinzutreten.

Nach diesen Ausführungen wird es nun wohl nicht mehr auffallend erscheinen, wenn ich sage: das int. U. P. und die heutige Besitzklage ist weder Delicts- noch Präjudicialklage, sondern lediglich:

negatorische (prohibitorische) Besitzklage auf Verbot (Prohibition) drohender Störungen des Besitzes.

Durch diese Auffassung allein wird man einerseits dem römischen Rechte gerecht, und anderseits dem wirklichen täglichen Bedürfnisse der Praxis, und nur dadurch wird das Princip der Klage in Uebereinstimmung mit dem gebracht, was wirklich täglich in der Praxis geschieht.

---

1) Vgl. d. Aufsätze von Zachariä und Stephan über die actio prohibitoria in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 12, 258. 14, 274.

Digitized by Google

§. 9.

Consequenzen des Princips.

Für die practische Anwendung des aufgestellten Principes sind noch in einigen Beziehungen genauere und speciellere Bestimmungen zu geben. Ich sagte oben S. 43—48, daß die Ertheilung des Verbotes im alten Interdictsverfahren vom freien Ermessen des Prätors abgehangen, und daß darin ein genügender Schutz gegen frivole Anträge gelegen habe. Die Umstände, auf die der Prätor dabei Rücksicht zu nehmen hatte, sind näher zu bestimmen, weil sich danach auch die Anwendung des Interdicts im Justinianischen und im heutigen Rechte richtet.

Man darf sich zunächst das prätorische Ermessen nicht als Willkür oder etwa Gnade des Prätors denken, sondern es war wesentlich immer nur Jurisdiction, also nur das Ermessen, ob das Interdict seiner allgemeinen edictalen Aufstellung gemäß auf den vorgelegten Fall passe oder nicht. Der Prätor war durch den Inhalt des Interdicts selber und seinen legislativen Zweck von selbst in gewisse Gränzen eingeschränkt und nur innerhalb dieser konnte er sich frei bewegen. Die Gränzen gehen aus den Worten des Interdicts selber hervor. Diese geben folgende drei Erfordernisse:

1) Der Erlaß eines Verbotes gegen einen andern, das vim fieri veto, setzt eine Veranlassung von ihm, also eine irgendwie von ihm drohende Gefahr voraus.

2) Da das Verbot auf „uti possidetis quominus possideatis" geht, so schließt es eine Beziehung auf den Besitz als solchen, also eine Gefahr für das besitzen als solches in sich.

3) Das Verbot vim fieri kann immer nur gegen drohende Handlungen, nicht gegen schon fertige dauernde Vorrichtungen gerichtet werden.

Diese drei Schranken begründeten die Voraussetzungen

Digitized by Google

für die Klage auf den Erlaß des Interdicts. Sie mußten daher unverändert dieselben bleiben, als an die Stelle des Interdicts die actio utilis des neuen Rechtes trat, und damit sind sie auch für die heutige Besitzklage maßgebend geworden. Sie enthalten die Ausgangspunkte zur Entscheidung der schon oben S. 59. 60 hervorgehobenen Hauptfragen, die in diesen Beziehungen unsere Praxis bewegen:

1. Der erste Satz entscheidet über das Erforderniß der vis. Eine Klage auf Schutz des Besitzes durch Verbot der Störung kann nur begründet sein, wenn der Besitz irgendwie bedroht und gefährdet ist, gleichgültig aber ist, wie und aus welchem Grunde er es ist.

Unter der vis, die verboten werden soll, sind nicht blos Störungen mit Gewalt gegen die Person des Besitzers zu verstehen, sondern eine „vis, quominus possideatis uti possidetis" ist jede Handlung, die in das Besitzverhältniß, wie es factisch besteht, irgendwie eingreift, es stört, beeinträchtigt, beschränkt, verändert, oder gar aufhebt. Solche Handlungen können häufig, z. B. bei Irrthum über den Besitzstand, in voller Unbefangenheit vorgenommen werden, und sind dann keine vis; indessen braucht sie sich der wirkliche Besitzer nicht gefallen zu lassen, und kann daher ihr Verbot verlangen: wenn sie dann trotz des Verbotes doch wieder vorgenommen werden, so sind sie nun wirkliche Gewalt. Sie können es allerdings auch schon vorher sein, wenn der Gegner sie mit Bewußtsein des von dem andern behaupteten Besitzes, oder gar gegen dessen ausdrückliches Privatverbot, vornimmt. Indessen ist das gleichgültig, man kann auch ohne vorheriges Privatverbot sofort wegen der factisch störenden Handlungen des Gegners die Klage auf ihr gerichtliches Verbot erheben. Die Bedeutung des „vim fieri veto" ist nicht: weil eine erste Gewalt geschehen ist, ist eine zweite zu fürchten und wird darum

Digitized by Google

verboten; sondern: jede störende Handlung wird von jetzt an verboten und unbedingt als Gewalt behandelt und bestraft.

Ein solches Verbot muß eine Veranlassung haben, man kann nicht ein Verbot gegen Jemanden beantragen, der in keiner Weise Veranlassung zu der Befürchtung gegeben hat, daß er das zu verbietende thun werde. Die blos subjective Furcht des Besitzers genügt natürlich nicht, die Veranlassung muß eine objective, durch irgend welche äußere Thatsachen begründete, Befürchtung oder Bedrohung sein, und zwar muß diese Veranlassung von dem Gegner selber ausgehen, in Handlungen von ihm, oder wenigstens deren Folgen, ihren Grund haben. Dolus oder culpa ist jedoch nicht nöthig, die Klage ist nicht in odium debitoris wegen eines Delictes von ihm, sondern in beneficium creditoris zum Schutze des Besitzers gegen jede factische Störung. Was für Handlungen aber geschehen sein müssen, um eine wirkliche Gefährdung oder Bedrohung des Besitzes und damit einen Antrag auf Verbot zu begründen, ist im römischen Rechte nicht näher bestimmt, sondern eben dem Ermessen des Richters überlassen. Daß schon eine gewaltsame oder wenigstens ein thatsächliche Störung stattgefunden habe, ist nicht nöthig, eine Androhung derselben begründet an sich ein Verbot grade eben so gut. Allerdings nimmt man das erstere in der Regel an: das preußische Landrecht sagt: „wer mit Gewalt gestört ist", das österr. Gesetzbuch: „wer eigenmächtig gestört ist", das sächsische: „wer thatsächlich gestört wird", das italiänische: „chi viene molestato"[1]). Allein alles dies beruht nur auf dem alten Standpunkte der Delictsklage. Giebt man diesen auf und nimmt an, daß nicht der Ersatz für die geschehene sondern der Schutz gegen die drohende Gewalt den Grund und Zweck der Klage bildet, so kann das Geschehensein der Störung nur noch in-

1) Preuß. 1, 7, 150. Oesterr. 339. Sächs. 205. Ital. 694.

Digitized by Google

sofern in Betracht kommen, als es die Wahrscheinlichkeit des Wiedergeschehens begründet. Bei wirklich geschehener Störung kann man sagen: wer einmal „mit Gewalt" oder „eigenmächtig" oder „thatsächlich gestört" hat, wird es auch zum zweiten Male thun. Aber wenn es principiell überhaupt nur auf die Wahrscheinlichkeit des zukünftigen Geschehens ankommt, so versteht sich von selbst, daß diese bei ausgestoßenen Drohungen eben so groß ja größer sein kann, als bei einer begangenen „thatsächlichen" Störung, die ja als solche auch ganz unbefangen oder zufällig vorgenommen sein kann. Wenn man die Drohungen häufig unter den Begriff von „Verbalstörungen" bringt, so ist das nichts anderes als eine haltlose Accommodation an den Delictsstandpunkt, die, wenn man die bloßen Behauptungen mit hereinzieht, wie man doch muß, vollends lächerlich wird.

Man muß eben den Delictsstandpunkt vollständig mit allen seinen Consequenzen aufgeben. Mit dem Präjudicialstandpunkte ist bei diesen Fragen gar nichts anzufangen, weil er als solcher nicht über die Entscheidung des zweifelhaften Besitzstandes hinauskommt und für den ganzen Begriff der Störung und des Schutzes und Verbotes überhaupt gar keinen Boden hat. Das einzig practische und darum in der Praxis auch von selbst, wenn auch unerkannt, herrschende Princip ist das der Gefährdung und Bedrohung des Besitzes. Wo diese stattfindet, ist auch ein Antrag auf Schutz, also auf Verbot der Störung oder Verletzung, begründet. Dies ist nun allerdings am vollständigsten dann der Fall, wenn der Gegner den Besitz bereits wissentlich oder gar gegen ausdrückliches Verbot des Besitzers, sei es mit eigentlicher Gewalt oder wenigstens eigenmächtig, gestört hat, und auch dabei tritt noch ganz besonders als der dringendste Fall der hervor, wenn die Störung darum geschehen ist, weil der Gegner behauptet, selber im Besitze zu sein, und sich darin erhalten will; denn

Digitized by Google

darin ist die Drohung der Wiederholung der Störung von selber enthalten, und bei Gewaltthaten ist die Wiederholung überhaupt stets zu fürchten. Falsch ist es aber, die Klage irgendwie auf diese Fälle zu beschränken. Namentlich ist es falsch, daraus die Erfordernisse zu entnehmen:

a. bei Störungen müsse der Störer die Absicht gehabt haben, eigenen Besitz auszuüben oder fremden Besitz sich „anzueignen oder doch den Besitz des andern zu stören“ [1]). Das erstere, also die Behauptung eigenen Besitzes, ist öfters nach dem Präjudicialprincipe aus dem Zwecke der Regulirung der Parteirollen für die Vindication abgeleitet, besonders von Vangerow [2]), und ist auch in der Praxis mitunter angenommen [3]). Daß indessen schon im römischen Rechte ganz unzweifelhaft Beispiele von dem Interdicte auch bei rein einseitigen Störungen ohne Behauptung eigenen Besitzes vorkommen, habe ich schon früher nachgewiesen [4]) und ist dann auch von Vangerow anerkannt. [5]) In der Praxis ist es von jeher die herrschende Ansicht gewesen [6]).

Der zweite obige Satz, der über den animus turbandi, ist vom Standpunkte des Delictes der Gewalt ganz consequent, denn das Delict der Gewalt ist ohne Absicht nicht möglich, und darum ist es dem preuß. Landrechte gemäß in dem oben bei Note 1 berührten Berliner Erkenntnisse angenommen; ebenso in einem Falle, wo Jemand wegen schlechten Weges über den anliegenden Acker gefahren war aber sich beim Eigenthümer entschuldigt hatte, ferner in einem Falle, wo ein Grubenbe-

1) Worte eines Erkenntnisses des Berliner Ob.-Tribunals im Archiv f. Rechtsfälle a. d. Praxis d. Berl. Ob.-Tribunals. 8, 18.

2) Pandekten. §. 336. (7. Aufl.).

3) Seufferts Archiv für Entscheidungen. 7. 41.

4) Besitz im Mitt. S. 48.

5) Pandekten §. 336. S. 683.

6) Ausdrückliche Entscheidungen darüber s. in Seufferts Archiv 12, 33; 23, 136; 25, 6; 16, 232.

Digitized by Google

sitzer die oben im Acker entstandenen Risse heimlich zugeworfen hatte. In beiden Fällen war die Klage wegen fehlender Absicht der Besitzstörung abgewiesen [1]). Indessen ist das Princip schon in der preußischen Praxis nicht consequent durchgeführt, wie sich unten zeigen wird, und in der gemeinrechtlichen Praxis hat man sich gar nicht daran gekehrt. Ich habe gar keinen Fall, wo die Absicht gefordert wäre, finden können. Das practische Bedürfniß ist auch entschieden dagegen. Denn der Besitzer hat schlechthin das Recht, daß sein Besitz in keiner Weise gestört oder beeinträchtigt werde. Der Grund, warum ein anderer ihn stört und ob er es bona oder mala fide thut, ist ihm für sein Besitz-Interesse völlig gleichgültig, er kann ihn häufig gar nicht wissen und noch weniger beweisen und will jedenfalls unter allen Umständen einen ruhigen Besitz haben. Die Gefahr der Wiederholung kann bei solchen unbefangenen Störungen auch gleich groß sein wie bei absichtlichen, und dann ist doch in der That gar nicht abzusehen, warum man z. B. in den obigen Fällen keinen Schutz dagegen haben soll, daß mein Acker in subsidium als Fahrweg benutzt wird, oder daß der Gegner die mir drohende Gefahr verdeckt oder auch nur den entstandenen Nachtheil unzweckmäßig beseitigt.

Durch die Beseitigung des Erfordernisses der Absicht entsteht nun auch die Möglichkeit, daß man scheinbar auch durch sog. Omissivhandlungen, d. h. Nichtthun, Unterlassungen, Vernachlässigungen, bei denen von Gewalt gar keine Rede sein kann, doch Besitzstörungen begehen kann, nämlich in allen Fällen, wo man Handlungen vornimmt, deren Folgen in den fremden Besitz störend eingreifen, und wo man daher zur Verhinderung dieser Folgen verpflichtet ist. Dahin gehört zunächst, wenn man seine Thiere auf fremde Grundstücke laufen

1) Entscheidungen des Berl. Obertribunals. 18, 18; 40, 29.

Digitized by Google

läßt, also besonders wenn die Hirten die Heerde nicht in Ordnung halten und die Thiere auf fremde Weide gehen, dann aber auch wenn man auf seinem Grundstücke Einrichtungen von lebloſen Sachen so macht, daß sie durch die gewöhnlichen Naturkräfte über die Gränze gebracht werden und den Besitz des Nachbars stören. So hat das Berliner Obertribunal eine Besitzstörung angenommen, als Jemand auf seinem Gute große Sandmassen an der Gränze angehäuft hatte, die der Wind dann über die Gränze auf das Nachbargut hinwehte [1]). Nach gemeinem Rechte ist diese Entscheidung richtig, wie sie mit dem Landrechte und den oben angeführten Entscheidungen zu vereinigen ist, ist mir weniger klar. Das Lübecker O. A. Gericht hat dagegen die Besitzklage in einem Falle verworfen, wo von einem schlecht angelegten Damme die Erde in den Graben des Nachbars fiel, weil es keine Besitzstörung sei, wenn „Bestandtheile einer Anlage nicht unmittelbar durch menschliche Handlungen, sondern von selbst und vermöge der Naturgesetze, wenn gleich in Folge einer fehlerhaften Beschaffenheit der Anlage, auf das Grundstück des Nachbars herabfallen" [2]). Das Berliner Stadtgericht hat die Besitzklage in einem Falle abgewiesen, wo Jemand auf seinem Balkon Epheu gepflanzt hatte, und dieser allmählig so heruntergewachsen war, daß er den Firmenschild des unten wohnenden Kaufmanns verdeckt hatte, weil „der Epheu weder gewaltsam noch heimlich gepflanzt sei". Dem preußischen Landrechte und dem Delictsprincipe entspricht diese Entscheidung, nicht aber dem obigen Obertribunals-Urtheile von den Sandhaufen und auch nicht dem objectiven Störungsprincipe des gemeinen Rechts. Andere Fälle der Art sind, wenn durch fehlerhafte Bauanlage Wasser

1) Striethorst, Archiv f. Rechtsfälle, 46, 126.

2) Seufferts Archiv 9 34. Vgl. über diesen Fall auch Rudorff zu Savigny's Besitz. n. 133. S. 696.

Digitized by Google

oder andere Flüssigkeiten in das Nachbargut dringen[1]), wenn Mauern baufällig werden und überhängen, u. a. m. Savigny[2]) erkünstelt hier eine vis, um von seinem Delictsstandpunkte aus das Interdict zu rechtfertigen, und sagt, der Besitz des beschwerenden Hauses sei vis. Natürlicher Weise kann man nur sagen: das Ueberhängen der Mauer ist eine Beeinträchtigung des Besitzes, die wegen der Unterlassung der schuldigen Reparatur auf eine Omissiv-Handlung des Besitzers der Mauer zurückgeführt werden kann, und insofern einen Antrag auf Verbot begründet. In den Quellen findet sich kein Beispiel von Anwendung des Interdicts in solchen Fällen, nur die actio negatoria und cautio damni infecti werden dabei erwähnt[3]); indessen kann ein solches Schweigen nicht schon als Gegenbeweis gelten. Weiteres über Besitzklagen bei Bauanlagen s. unten Nr. 3.

b. Wenn die thatsächlichen Störungen die Besitzklage nicht als Delicte der Vergangenheit sondern als Bedrohungen der Zukunft begründen, so muß diese auch durch Bedrohungen ohne thatsächliche Störung begründet werden können. Dahin gehören zunächst die eigentlichen Androhungen von Störungen. Wenn der Gegner geradezu droht, Handlungen, die den Besitz stören, vornehmen zu wollen, so ist der Besitz offenbar nicht weniger bedroht und gefährdet, als wenn er schon eine vorgenommen hat, und sicher ist der Besitzer dann auch hier, „biß er geschlagen, zu warten nit schuldig“[4]), sondern kann sofort auf Schutz und Verbot klagen. Ob der Gegner dabei droht, positiv selber Handlungen auf den fremden Grundstücken vornehmen zu wollen, oder negativ den Besitzer an

1) Verworfen ist die Klage in einem solchen Falle in einem Urtheile bei Seuffert, 2, 136

2) Besitz §. 37. S. 400. (7. Aufl.)

3) L. 18. 19. D. 8, 2. L. 8 § 5. L. 17 §. 2 D. 8, 5.

4) P.G.O. 140.

Digitized by Google

seinen Handlungen zu verhindern, ist an sich gleichgültig. Nur sehen die Römer das unmittelbare Verbieten einer Handlung schon als ein wirkliches prohibere, also als eine vis und thatsächliche Störung an[1]).

Zweifelhafter könnten die bloßen Behauptungen, oder auch umgekehrt Bestreitungen, von Besitz oder Recht zu Besitzhandlungen sein. Wenn mein Gegner sagt und behauptet, er sei Besitzer und nicht ich, oder er habe ein Recht zu gewissen Handlungen, oder ich hätte kein Recht zu meinem Besitze oder Quasibesitze, oder er dürfe mir gewisse Besitzhandlungen verbieten, und dgl. m., soll ich dann warten müssen, bis seine Behauptungen zu Drohungen und diese zu Thaten werden? Ist hier nicht mein Besitz bereits beunruhigt und wirklich bedroht? Müßte man warten, so könnte es leicht zu spät werden. Wenn der Schäfereibesitzer, nachdem die Gemeinde beschlossen, eine Weide nicht mehr dulden zu wollen[2]), warten muß, bis seine Schafe von der Weide weggejagt sind, so ist dann allerdings die vis da, und er kann unzweifelhaft auf Verbot und Schadensersatz klagen; allein während des Processes kann er eben nicht weiter weiden lassen, und wenn er auch in Summariissimo klagt, aber der Proceß Jahre lang dauert, so kann er sehen, wo er für seine Schafe so lange Futter bekommt. Daß es unbillig ist, bei fremden Rechtsbehauptungen warten zu müssen, bis der andere klagt, das hat die Praxis in der Einführung des Provocationsproceßes anerkannt. Es ist aber noch viel unbilliger, warten zu sollen, bis man Gewalt erlitten und den Besitz factisch verloren hat. Den Besitzer auf eine Provocation zu verweisen paßt hier nicht, weil damit einer vorherigen Gewalt nicht vorgebeugt ist.

Die Praxis schwankt; in drei Fällen bei Seuffert sind

1) — prohibitus intelligitur quolibet prohibentis actu, i. e. vel dicentis, se prohibere, vel etc. L. 20 §. 2. quod vi.

2) Seufferts Archiv, 17, 45.

Digitized by Google

Behauptungen und Drohungen für genügend erklärt[1]), in einem nicht[2]), in Preußen ist das Obertribunal dagegen, Koch dafür[3]).

Aehnlich ist es, wenn keine bedrohliche Worte aber bedrohliche Handlungen vorliegen: der Nachbar gräbt eine Grube, die meiner Mauer den Einsturz droht; in dem obigen Berliner Falle legt der Besitzer die bedrohlichen Sandhaufen auch bei einem zweiten Nachbar an; in dem Lübecker Falle wird der fehlerhafte Erddamm zu einer bedrohlichen Höhe aufgeführt. Muß man warten bis der Schaden geschehen ist? Das Lübecker Erkenntniß verweist auf cautio damni infecti, das Berliner will bei „unzweifelhafter" Gefahr die Klage zulassen. Man könnte auch an operis novi nuntiatio denken. Allein die cautio und die nuntiatio haben besondere Erfordernisse. Wenn die nothwendigen Folgen des Handelns dem Handeln selber gleichstehen, so muß auch hier die Besitzklage zuläßig sein, sobald wirklich drohende Gefahr da ist, was der Richter nach den Umständen zu beurtheilen hat.

Hierher gehört auch der Fall des streitigen Besitzstandes. Wenn zwei über das Eigenthum streiten, aber keiner klagen will, um nicht beweisen zu müssen, und darum jeder im Besitz zu sein behauptet und sich darin zu erhalten sucht, so ist damit von selbst für jeden von beiden sein Besitz gefährdet, und jeder kann daher gegen den andern auf Schutz seines Besitzes klagen. Die präjudiciale Entscheidung über den Besitzstand für die Vindication wird damit von selber zugleich mit erlangt, doch ändert das an der Natur der Besitzklage als solcher nichts. Sind aber zwei Leute wirklich so friedfertig, daß sie nicht nur nichts von einander fürchten, sondern auch die Form des Verbotes als unanständig unter einander vermieden wissen

1) Seufferts Archiv, 21, 124; 24, 34; 17, 45.
2) Seuffert, 24, 213.
3) Koch zu L. R. 1, 7. n. 91.

Digitized by Google

wollen, so können sie zwar nach heutiger Praxis einen reinen Präjudicialproceß über ihren Besitzstand mit einander einleiten, allein es wäre das dann eben kein interd. U. P., sondern eine selbständige Präjudicialklage über den Besitz.

2. Die zweite Voraussetzung für die Besitzklage ist, daß der Besitz als solcher gefährdet sein, die Klage eine Beziehung auf den Besitz als solchen enthalten, eine controversia possessionis sein muß. Man darf dies aber nicht zu enge nehmen. Der Besitz ist gestört, sobald die Beziehung der Person zur Sache, ihre factische Beherrschung der Sache, also ihre freie eigene Einwirkung oder Ausschließung fremder Einwirkung, gestört oder beschränkt oder beeinträchtigt wird. Es ist durchaus falsch, die controversia possessionis auf den Streit über den Besitz, wenn beide ihn behaupten, zu beschränken. Die Römer rechnen dazu ausdrücklich auch die Fälle, wenn der Besitzer am Bauen verhindert wird, wenn der Miether die Reparatur des Hauses vom Besitzer nicht dulden will, wenn der Nachbar mir das Abschneiden meiner Weinreben, die auf sein Grundstück hinübergezogen sind, verbieten will und ähnliches [1]). Auf der andern Seite geht Windscheid [2]) zu weit, wenn er jede Beziehung auf den Besitz für unnöthig erklärt.

Wenn Jemand in seinem Hause injuriirt wird, verbal oder real, Drohungen zugeschickt bekommt u. dgl., so kann damit zwar eine vis gegen ihn verübt werden, allein eine „vis, quominus possideatis“ ist das nicht, und eine solche allein wird durch das Interdict verboten. Sonst müßte ja überhaupt jedes Delict, was gegen Jemanden in seinem Hause verübt wird, die Besitzklage begründen. Allerdings sagt Ulpian in L. 1 §. 4 scheinbar ganz allgemein von dem Interdicte: — huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet. Allein er erklärt damit nur den voraufgehenden Satz „est retinen-

1) L. 3 §. 2—4 U. P; L. 11. de vi; L. 52 §. 1 de possess.
2) Pandekten §. 159. n. 5.

Digitized by Google

dae possessionis" und fügt daher hinzu: „tuetur, ne amittatur possessio". Darum werden auch alle einzelnen Anwendungen des Interdicts in den obigen Fällen immer auf die controversia possessionis reducirt:

— etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione[1]).

— nam si vim fecerit, quominus vites praecidas, vim facere videtur, quominus possideas[2]).

— etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur[3]).

Eum, qui aedificare prohibetur, possidere quoque prohiberi, manifestissimum est[4]).

Daher muß man eine Beziehung auf den Besitz als solchen, d. h. die unbeschränkte Beherrschung der Sache namentlich die Verfügung und Benutzung, als wesentlich bei der Besitzklage festhalten.

Nach diesem Principe ist die Zulässigkeit der Besitzklage in solchen in praxi bestrittenen Fällen zu beurtheilen, wie Beschädigung der Sache, Eindringen in das Besitzthum um verlaufene Thiere zu holen, oder wenn man wegen Ueberschwemmung des Weges über das anliegende Feld reitet, oder wenn die berühmten Thibaut'schen Spectaculanten an die Thüren und Läden klopfen, oder wenn in einem Bierhause ein Gast die übrigen beleidigt und sich vom Wirthe nicht hinausweisen läßt, oder wenn ein zudringlicher Mensch und Querulant, dem man das Haus verboten, immer wieder kommt[5]), u. s. w. Daß in den ersteren Fällen eine Schadensklage, in den letzteren eine Injurienklage zulässig ist, ist außer Zweifel, allein

1) L. 3 §. 2. U. P.
2) L. 3 §. 4 U. P.
3) L. 3 §. 4. U. P.
4) L. 52 §. 1. de possessione.
5) Seufferts Archiv f. Entsch. 1, 60. 8, 49. 19, 232. Archiv f. d. civ. Prax. 18, 321.

Digitized by Google

dadurch wird die Möglichkeit einer Besitzklage natürlich nicht ausgeschlossen. So heißt es z. B. in L. 13. §. 7. de iniur:

— si quis re mea uti me prohibet, — iniuriarum conveniri potest.

und in L. 3. §. 2. U. P.:

Hoc interdictum sufficit, si — prohibes me uti mea possessione.

Wenn man die Besitzklage als Delictsklage auf Schadensersatz aus begangener vis auffaßt, so wäre kein Grund sie nicht in allen Fällen gleichmäßig zuzulassen. Faßt man sie aber als Klage auf Schutz des Besitzes gegen drohende Störung auf, so kommt es auf die näheren Umstände an, ob eine Beziehung zum Besitze stattfindet, ob dieser bedroht ist, ob also namentlich, wie in einzelnen Urtheilen mit Recht hervorgehoben ist[1]), eine Wiederholung zu fürchten ist. Wegen einfacher Beschädigung auf Verbot fernerer Beschädigung zu klagen, hat ohne besondere Gefahr keinen Sinn, ebenso gegen einen zudringlichen Menschen auf Besitzschutz zu klagen. Sobald sich indessen in der Beschädigung oder dem Eindringen eine Mißachtung der Besitzesherrschaft ausspricht und eine Wiederholung irgendwie zu besorgen ist, so ist auch eine Klage auf Schutz dagegen begründet, Anmaßung eigenen Besitzes ist keinenfalls nöthig. Mit Recht war daher die Klage zugelassen in dem Falle, wo der Nachbar bei der Verfolgung seiner Bienen die Hecke durchbrochen hatte, und ebenso in dem, wo der Biergast behauptet hatte, der Wirth dürfe ihm den Besuch seiner Wirthschaft nicht verwehren.

3. Das prätorische Verbot konnte immer nur auf „vim fieri veto" gehen, also immer nur die Vornahme von Handlungen verbieten. Dies ist geblieben und daraus folgt, daß man schon bestehende Vorrichtungen des Nachbars, die den

1) S. auch Förster, Preuß. Privatr. 3, §. 133 n. 33.

Digitized by Google

Besitz beeinträchtigen, nie durch das U. P. beseitigen kann, sondern nur durch actio negatoria. Hierauf beruhen die Entscheidungen in L. 3. §. 4—7. U. P., die oft falsch aufgefaßt werden und nur im Zusammenhange richtig verstanden werden können. Es sind drei Fälle:

1) der Nachbar hat meine Reben auf seine Bäume herübergezogen;

2) der Nachbar hat einen proiectus (Dachrand, Balkon und dgl.) über meinem Boden;

3) irgend Jemand hat eine obere Etage auf meinem Hause.

Im ersten Falle wird angenommen: wenn der Nachbar selbst die Reben herüberzieht, kann ich U. P. klagen, weil das eine Handlung ist, deren Fortsetzung verboten werden kann; wenn es aber schon sein Vorbesitzer („auctor vicini") gethan hat, kann ich direct nicht gegen ihn klagen, weil ein Jeder nur wegen seiner eigenen Handlungen verklagt werden kann und er hier nichs thut oder gethan hat, sondern nur die von einem andern gemachte Vorrichtung im Besitz und Genuß hat; indessen kann ich die Reben, weil sie auf meinem Grundstücke wachsen, abschneiden und, wenn er es verbieten will, U. P. gegen ihn klagen, weil er mich dann in der Benutzung, also dem Besitze meines Grundstückes stört.

Im zweiten Falle kann ich gegen den Nachbar nicht klagen, weil der proiectus einen Theil seines Hauses bildet, und daher mit diesem in seinem Besitze ist („cum aedibus superficiem possidet"), in dem Dasein der Vorrichtung aber keine störende Handlung enthalten ist.

Im dritten Falle dagegen („Sed si etc.") hat der Besitzer der unteren Etage, als Bodenbesitzer, das U. P, gegen den, der in der oberen „quasi dominus moratur," weil an einem bloßen Stockwerke als solchem kein selbständiger Besitz möglich ist und er daher durch sein morari fortwährend

Digitized by Google

eine störende Handlung begeht, wobei nur die Grundsätze von der superficies modificirend eingreifen.

Dem zweiten Falle, dem des §. 5 und 6, sind aber zwei Modificationen beizufügen:

a. wenn der Nachbar selber erst den proiectus anlegt, so ist dieses eine Handlung, die in der Beibehaltung des proiectus eine fortwährende Störung und insofern die Klage begründet, die dann natürlich auf Wiederwegnahme des proiectus geht;

b. wenn der proiectus nur auf einer Baufälligkeit des Hauses beruht, die der Nachbar zu beseitigen verpflichtet ist, so ist in der Unterlassung eine omissive Handlung enthalten, und insofern auch eine Besitzklage zulässig.

Auch so ist die ganze Ansicht indessen keineswegs unbestritten. Savigny bespricht zwar die L. 3. nicht genauer, allein er sagt[1]), der Nachbar besitze in allen solchen Fällen sein Gebäude auf eine mich beschwerende Weise, und das sei zum Begriffe der Gewalt hinreichend, das Interdict gehe hierin völlig parallel mit der Negatorienklage und das sei ausdrücklich in L. 8 § 5 si servitus (8, 5) anerkannt. Allein ein so weiter und unlogischer Begriff von vis ist nirgend begründet, und namentlich nicht in der dafür angeführten Stelle. Von Bauwerken handelt die Stelle gar nicht, sondern nur von der Frage, in wie weit Immissionen irgend welcher Stoffe, Rauch, Wasser, Steine, von Grundstück zu Grundstück erlaubt sind. Wenn es dabei heißt:

— agi poterit, ius esse fumum immittere; sed et interdictum U. P. poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti.

so ist hier das Interdict nur wegen der Verhinderung der Feuerung und Raucherzeugung gegeben, also nur wegen

1) Besitz. 7. Aufl. S. 400.

Digitized by Google

Prohibition von Handlungen. Für Bauwerke folgt daraus nichts. Es wäre auch ein innerer Widerspruch, wenn der zufällige temporäre Besitzer blos aus seinem Besitze das Recht haben sollte, gegen feste und lange bestehende dauernde Vorrichtungen eines Nachbarhauses ohne weiteres possessorisch auf vorläufige Wegnahme klagen zu können. Die negatoria beruht auf dem „non iure habere", und muß daher wesentlich weiter gehen, als das nur auf dem „vim fieri veto" beruhende Interdict.

Abgesehen hiervon kommt alles auf die Erklärung der L. 3. §. 5. 6. an:

Videamus, si proiectum supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interd. U. P. sit utile alteri adversus alterum? et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem. Labeo quoque scribit, si etc.

Hier ist zunächst festzuhalten, daß die Stelle nur die Anwendbarkeit des U. P. auf den Fall: „si proiectum non iure haberi dicatur" bespricht. Die Fälle, wenn der Bodenbesitzer den proiectus thatsächlich demoliren wollte, oder umgekehrt der Projectbesitzer den Bodenbesitzer an der Benutzung seines Bodens unter dem Projecte hindern wollte, stehen gar nicht in Frage, und unzweifelhaft würde dann jeder U. P. klagen können. Denn daß namentlich die eigenmächtige Demolirung eines proiectus unerlaubt ist und jedenfalls die actio Aquil. begründet, und daß er nur durch actio negatoria beseitigt werden kann, sagt L. 29. §. 1. ad leg. Aquil. Wenn es sich aber nur um das „non iure haberi dicatur" handelt, so kann keiner klagen; denn hier hat jeder getrennten ruhigen Besitz, alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem, und es liegt in dem „dicatur" hier noch keine Gefahr, um ein „vim fieri veto" zu erlassen, gegen das habere an

Digitized by Google

sich aber hätte es gar keinen Sinn. Cujaz[1]) meinte zwar, eben weil jeder besitze, müsse er auch das Interdict haben, und darum müsse man statt „inutile“ vielmehr „utile“ lesen. Mommsen stimmt ihm bei und schlägt nur „id utile“ vor. Allein das würde zu nichts führen, jeder würde für seinen Besitz siegen und somit bliebe es beim alten. Darum ist auch Rudorffs Idee, die Ansicht[2]) von Cassius werde in § 6 durch Labeo verworfen, nicht zulässig. Ihr widerspricht schon das „Labeo quoque scribit“[3]). Daß gegen die erste Anlage des proiectus der Bodenbesitzer das U. P. anstellen kann, ist natürlich außer Zweifel, nur die Beseitigung einer bestehenden (durch Vorbesitzer oder vor der Verjährungszeit angelegten) Einrichtung durch das Interdict ist verworfen. Aus der Praxis kann ich hier keinen Fall beibringen, nur versteht sich, daß das Lübecker Gericht hier die Besitzklage noch weniger zulassen kann, als in dem oben besprochenen Falle von dem Erddamme.

Hieraus ergiebt sich das Verhältniß des Interdicts zur actio negatoria. Im allgemeinen erfüllt das Interdict für den Besitz denselben Zweck, den die Negatoria für das Eigenthum erreicht, Schutz gegen Störungen und Beeinträchtigungen. Indessen geht die Negatoria weiter als das Interdict. Der Besitz kann als thatsächliches Verhältniß nur so weit einen Schutz beanspruchen, als er thatsächlich besteht. Das Princip kann nur sein: uti possidetis, ita quominus possideatis, v. f. v., daher wird er in so weit gegen Veränderungen und Beeinträchtigungen geschützt, mögen sie auf Handlungen oder Vernachlässigungen beruhen. Dagegen können Beschränkungen des Besitzstandes, die selber bereits durch einmal bestehende

1) Observat. 17, 2.

2) Zusätze zu Savigny's Besitz S. 718.

3) Vgl. auch Witte, das int. U. P. S. 103 ff., der nur die Beziehung des Interdicts auf den Projectbesitzer nicht richtig beurtheilt.

Digitized by Google

dauernde Einrichtungen begründet sind, nicht auf Grund des bloßen Besitzes beseitigt werden. Das Besitzprincip selber umfaßt diese nicht. Bei ihnen kann eine Veränderung oder volle Beseitigung nur auf Grund des Eigenthums an der Sache und unter Berücksichtigung des etwa rechtlich begründeten beschränkenden Servitutrechtes des anderen gefordert werden. Dies ist somit nur durch die actio negatoria möglich, die daher insofern eine weitergehende Wirksamkeit hat, als das Interdict.

§. 10.

Schluß.

Die übrigen Fragen beim U. P. bedürfen hier keiner Ausführung. Daß es nur dem Besitzer und nicht dem Detentor zusteht und nur beim Sachenbesitz nicht beim Quasibesitz zulässig ist, ist nach römischem Rechte außer Zweifel. Ueber die Einreden, die Duplicität und die darauf beruhende recuperatorische Anwendung des Interdicts beziehe ich mich auf meine früheren Ausführungen [2]), nur mit den Beschränkungen, die sich unten aus der Darstellung des U. V. und der Spolienklage von selbst ergeben werden.

1) Besitz im Mitt. S. 53—61. Der ältere Besitz, in Bekkers Jahrb. 4, 96—104.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Interdictum UNDE VI.

§. 11.

Die angebliche actio momentariae possessionis.

Beim interdictum UNDE VI geht Ihering [1]) davon aus, daß nach dem legislativen Motive des Besitzesschutzes dieser sich nicht auf die Sicherstellung gegen heimliche oder gewaltsame Besitzentziehung beschränken dürfe, sondern gegen Besitzentziehung jedweder Art gerichtet sein müsse. Sein Resultat ist: [2]) „der Besitzer darf gegen jede Besitzaneignung von Seiten eines dritten, die sich nicht (wie im Falle des dolus oder metus) auf seinen eigenen Willen zurückführen läßt, possessorischen Schutz beanspruchen". Dieser ausgedehnte recuperatorische Schutz finde sich auch bereits vollständig im römischen Rechte, zwar nicht im alten interdictum U. V., wohl aber in der Gesetzgebung der späteren Kaiser. Er nimmt die von Cujaz [3]) zuerst aufgestellte, von Savigny verworfene, Idee wieder auf, daß in der späteren Zeit neben dem int. U. V. für die Besitzentziehungen ohne Gewalt eine neue Klage unter dem Namen actio momentariae possessionis eingeführt sei, welche den oben bezeichneten Umfang habe, daher namentlich die Fälle der Besitzentziehung durch Irrthum, Untreue

1) Beiträge, S. 83. Besitzesschutz, S. 102—3.
2) Beiträge, S. 122, Besitzesschutz, S. 142.
3) Cuiac. obs. 1, 20. 19, 16. Sav. Besitz, S. 466.

Digitized by Google

der Vertreter, illegale obrigkeitliche Verfügung, und Aneignung des Besitzes Abwesender umfasse. Verbunden damit sei die Aufhebung des Unterschieds von Mobilien und Immobilien für den Besitzesschutz[1]). Jedenfalls sei für das heutige Recht in der Spolienklage eine solche allgemeine Besitzklage eingeführt.

Man muß hier zunächst drei Fragen unterscheiden:

1) ob die Grundidee des Besitzes und der legislative Zweck seines Schutzes eine derartige Ausdehnung fordern;

2) ob dieselbe bereits im römischen Rechte, im früheren oder späteren, zur Ausbildung gekommen sei;

3) ob die moderne Praxis in der Spolienklage einen solchen Schutz des Besitzes eingeführt habe.

In der ersten und dritten Frage stimme ich mit Ihering überein, die zweite beurtheile ich dagegen wesentlich anders. Ich glaube, daß das frühere römische Recht weitergegangen ist, als Ihering meint, daß dagegen das spätere Recht in den fraglichen Beziehungen nichts geändert hat, und daß namentlich die actio momentariae possessionis völlig unbegründet ist.

Bei dieser Uebereinstimmung in den practischen Resultaten könnte man eine neue historische Untersuchung, besonders über die actio momentariae possessionis, vielleicht für überflüssig halten. Allein bei den vielen Zweifeln und Streitigkeiten, die in Theorie und Praxis über das Verhältniß von interd. U. V. und Spolienklage fast in jedem einzelnen Punkte herrschen, ist es unerläßlich, den gesetzlichen Boden, auf den man die practischen Resultate stellen kann, vollständig klarzulegen. Erst dadurch lassen sich auch die practischen Grundsätze genau abgränzen. Die actio momentariae possessionis spukt überdies auch bei andern Schriftstellern[2]) und muß daher einmal gründlich erledigt werden.

1) Beiträge, S. 92—99. Besitzesschutz, S. 112—122.

2) Z. B. Brinz, Pandekten §. 30. S. 86 (1. Aufl.).

Digitized by Google

Die Untersuchung über diese actio moment. poss. muß, da es sich dabei um eine zweifelhafte historische Erscheinung handelt, zunächst rein historisch geführt werden. Man darf sie nicht, wenn man ein richtiges Urtheil über sie gewinnen will, wie bisher nur in dogmatisch systematischer Methode auffassen. Die Gesetze, um die es sich handelt, stehen zwar im Theodosischen und Justinianischen Codex systematisch geordnet und in verschiedene Titel vertheilt, allein da es sich um eine historische Entwickelung von drei Jahrhunderten handelt, darf man nicht einfach die späteren mit den früheren dogmatisch verbinden, sondern hat zunächst den historischen Verlauf der Entwickelung aufzusuchen. Die Untersuchung hat etwas minutiöses und ist zum Theil wenig anziehend, kann jedoch, da die Sache einmal wieder angeregt ist, nicht umgangen werden, zumal sie namentlich bei den letzten Gesetzen unmittelbar wieder in wichtige practische Fragen hineinführt.

1. Den Ausgang bildet die Zeit der classischen Juristen, namentlich Ulpian und Paulus, also die erste Hälfte des dritten Jahrhunderts. Bei ihnen findet sich das interd. U. V. noch vollständig in der alten Weise und der alten Form. Auch die alte Unterscheidung der beiden Interdicte de vi armata und vi quotidiana, existirte noch, wie man aus Ulpians Ausführung über die arma in L. 3 §. 2—11 de vi sieht. Der alte Begriff der vis war im Princip auch noch unabgeschwächt, Ulpian sagt in L. 1 §. 3 noch: ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum. Daß die atrocitas freilich in der Durchführung schon nicht mehr streng festgehalten wurde, wird sich unten zeigen.

2. Die erste Aenderung tritt am Ende des Jahrhunderts unter Diocletian (290—305) durch die Aufhebung des alten Interdictenprocesses ein. Sie ist rein formell und besteht nur darin, daß jetzt hier wie beim interd. U. P. an die Stelle des eigentlichen Interdicts die actio utilis ex causa

Digitized by Google

interdicti trat. In diesem Sinne sagt Diocletian in L. 3 C. de interdictis:

— possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus —. Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agi solet.

Es hatte dies für den Sprachgebrauch die Wirkung, daß der Ausdruck interdictum allmählig außer Uebung kam. Bei Diocletian heißt es noch „vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo", und „vi deiectus reum convenire potest ad instar interdicti"[1]). Constantin spricht dagegen in einem Gesetze von 326 schon abstracter und selbständiger von der „actio recuperandae possessionis". Für den materiellen Begriff des Interdicts und seine Voraussetzungen liegt darin nicht die geringste Veränderung. Es ist daher leicht irreführend, wenn Ihering[2]) sagt: „die formelle Abschwächung und Verwischung des alten Interdictenbegriffes, die man schon in diesen Constitutionen wahrnehmen kann, erleichterte die Ausdehnung der Anwendungssphäre". Nicht abgeschwächt und verwischt wurde der alte formelle Begriff des Interdicts, sondern total aufgehoben, eben darum aber war dies für den materiellen Inhalt an sich völlig gleichgültig.

3. Von Diocletians Nachfolger Constantin (306—337) haben wir außer drei Strafgesetzen (von 317 und 319) über gewaltsame Dejection, wonach sie mit dem Tode oder wenigstens Deportation und Vermögensconfiscation bestraft werden soll[3]), drei Gesetze vom Jahre 326:

a. Nach dem ersten[4]) soll bei allen Processen, besonders

1) L. 2. 4. C. unde vi (8, 4).
2) Beiträge, S. 87. Besitzesschutz, S. 106.
3) C. Th. 9, 10, 1—3. C. Iu. 9, 12, 6—7.
4) C. Th. 9, 19, 2.

Digitized by Google

Vindicationen, der Urkundenbeweis nicht durch eine Criminalanklage wegen Fälschung unterbrochen werden, sondern vorläufig die Zuerkennung des Besitzes auf Grund der Urkunden geschehen. Das letztere wird in der schwülstigen Sprache der Zeit so ausgedrückt:

— ut petitori possessorive momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas.

Die Phrase „instrumentorum auctoritas petitori possessorive confert momentum" bedeutet: Die Kraft der Urkunden verschafft dem Kläger oder Verklagten den augenblicklichen oder einstweiligen Besitz. Der Ausdruck momentum für Besitz kommt in dieser Stelle zum ersten Male vor. In dem andern Gesetze von demselben Jahre, welches nachher zu besprechen ist, ist der Ausdruck „momentaria possessio" dafür gebraucht. Gothofred[1]) meint, momentum bedeute das „interdictum retinendae vel recuperandae possessionis". Allein das ist nicht richtig. In der spätern Zeit bedeutet es allerdings wohl das interd. U. V., doch ist auch das erst eine abgeleitete Bedeutung. Damit man den Sprachgebrauch übersehe, setze ich alle Stellen, in denen das Wort vorkommt, der Zeit nach hier zusammen[2]):

Valentin. a. 386[3]): Cum de possessione et [eius][4]) momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen sententia effectum sortiatur, — ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra proprietatis causa servetur.

---

1) Cod. Theod. c. comment. Iac. Gothofredi, 9, 19, 2 not. f.

2) Die Grundlage für das nachfolgende Material ist Gothofred im Comm. zu C. Th. 4, 22, doch habe ich ihn in mehreren Punkten ergänzen können.

3) C. Th. 11, 37, 1. C. Iu. 7, 69, 1.

4) Das „eius" steht im Just. Cod. Eine Hdschr. des Theod. vom 9. Jahrhdt. hat „possessionis momento".

Digitized by Google

Symmachus[1]), a. 386—91: In causis, quibus momenti reformatio postulatur, appellationes recipi non oportet. — docebat, in reformatione momenti nullum esse appellationibus locum.

Arcadius[2]), a. 396. — Si perturbatus possessionis status sit, ad repetendum momentum redintegrationemque fortunae etiam servis praebeatur facultas.

Honorius[3]), a. 414: Momenti actio[4]) exerceri potest per quamcunque personam.

Cod. Theod.[5]) a. 438: Si de momento fuerit appellatum.

Brev. Alaric.[6]) 506: — intra annum beneficium momenti requirat, —

— possessionem momenti beneficio — recipere.

— ad recipiendum momentum — agere;

— si de momento videatur iudicatum, — restituto momento causam proprietatis cognosci.

Cassiodorus[7]), a. 514—538: — si momenti tempora suffragantur, occupata — supplicanti restitui.

— momenti iure restituite supplicanti.

— momenti iura dilatata sunt (vigilibus).

— momenti iure → (reddantur invasa).

Gregor. I.[8]) a. 590—604: iudicium, in quo et momenti et proprietatis valeat quaestio terminari.

Isidor.[9]) a. 600—640: Momentum dictum a temporis brevitate, ut statim salvo negotio reformetur.

1) Epist. 10, 41.

2) C. Th. 4, 22, 4.

3) C. Th. 4, 22, 6 C. Iu. 3, 6, 3.

4) Der Just. Cod. hat „Momentaneae possessionis actio".

5) Rubrik zum Titel 11, 37. Im Just. Cod. 7, 69: Si de momentanea possessione fuerit appellatum.

6) Interpretatio Visig. ad. C. Th. 2, 4, 6; 4, 22, 1. 6; 11, 37, 1.

7) Variarum 4, 39. 44; 7, 8; 8, 28.

8) Epist. 7, 44.

9) Orig. 5, 24, 25. 33.

Digitized by Google

Interdictum est, quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur.

Man sieht aus dieser Zusammenstellung leicht, daß momentum im 4. und 5. Jahrhunderte einfach den augenblicklichen Besitz bedeutet, im 6. bei den Barbaren in den Begriff der Besitzklage übergeht, im 7. bei Gregor wieder als Besitz erscheint, und bei Isidor nach dessen gewöhnlicher Art in Confusion von beiden. Justinian hat den ganzen Ausdruck offenbar absichtlich vermieden, wie die Aenderungen der Stellen von Valentinian und Arcadius und der Titelrubrik 7, 69 zeigen. Von einem besonderen Klagerechte ist übrigens nirgend die Rede, auch Symmachus und Cassiodor sprechen nur von Dejectionsfällen.

Aus dem Ausdrucke momentum ist dann weiter der Ausdruck momentanea oder momentaria possessio gebildet. Er kommt in folgenden Anwendungen vor:

Constantin.[1]) a. 326: post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset.

Valentin.[2]) a. 366: Ubi aut vis facta est aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci iudicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit iudicare.

Arcadius[3]), a. 395. — momentariae etiam possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, —

1) C. Th. 2, 24, 1. C. Iu. 8, 5, 1.
2) C. Iu. 3, 16, 1.
3) C. Th. 2, 1, 8. C. Iu. 8, 4, 8.

Digitized by Google

Arcadius[1]), a. 406: Si quis — momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet, —

Justinianus[2]), a. 534: Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam.

Justinianus[3]), a. 534: Si de momentaria possessione fuerit appellatum.

Daß in allen diesen Stellen der Ausdruck momentaria possessio durchaus nichts anderes bedeutet, als der Ausdruck momentum in den obigen eigentlich römischen Stellen, also nur den Gegenstand, nicht den Grund, von Klagerechten, ist wohl auf den ersten Blick klar, und bestätigt sich dadurch, daß in den beiden letzten Stellen der Urtext im Theodosischen Codex das Wort momentum hat, und erst Justinian dafür den Ausdruck moment. poss. gesetzt hat. Natürlich beweist dieses noch nicht gegen die Erweiterung des Klagegrundes. Indessen ist es wichtig, den Sprachgebrauch genau festzustellen, da Ihering den neuen Ausdruck mit zum Beweise des neuen Begriffes benutzt. Darum mag hier zum Schlusse auch noch die Uebersetzung der Basiliken angeführt werden. Diese haben den Ausdruck *μομενταρία νομὴ* (possessio) beibehalten, bezeichnen sie aber bei der zweiten Stelle[4]) als: *πρὸς ῥοπὴν αἰτουμένη νομή*, d. h. in momentum postulata, in der dritten[5]) als: *πρὸς ῥοπὴν νομὴ, ἔχουσα τὸ περὶ βίας παράγγελμα* d. h. in momentum possessio, habens de vi interdictum; und in der letzten[6]) sagen sie, es sei der Besitz, über den nach §. 4. I. de interdictis durch die Interdicte gestritten werde, und der dem zuerkannt werde, der *κατὰ ῥοπὴν τῆς*

1) C. Th. 2, 4, 6.
2) C. Iu. 3, 6, 3. Der C. Th. 4, 22, 6 hat „momenti actio".
3) Rubrik zu C. 7, 69, der C. Th. 11, 37 hat „de momento".
4) Bas. 7, 5, 58.
5) Bas. 50, 3, 56.
6) Bas. 9, 2, 158.

Digitized by Google

προκατάρξεως ohne Fehler besitze, d. h. momento litis contestationis. Das ist also ganz der alte Begriff des Interdictenbesitzes.

b. Das zweite Gesetz Constantins vom J. 326[1]) enthält die bekannte Bestimmung zum Schutze der Abwesenden, daß wenn ihre Vertreter dejicirt sind, dieselben für den Abwesenden das Interdict anstellen können, und zwar ohne die einjährige Verjährung. Daß das Gesetz dabei noch ganz auf dem Boden des Interdicts steht, zeigen seine Ausdrücke zur Genüge:

Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, — inquirant, utrum eius, quolibet pacto[2]) qui peregrinatur, possessio — ablata est, quam propinquus vel amicus [vel colonus vel libertus[3])] vel servus quolibet titulo retinebat; nec hos, qui deiecti sunt absentium nomine possidentes, — ab experiunda re secludant. — Sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta — eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen, quolibet tempore reverso, actionem recuperandae possessionis indulsimus. — Absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est; sed — sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri.

Daß hier nur an die Dejection und das interd. U. P.

1) C. Th. 4, 22, 1. C. Iu. 8, 5, 1.

2) Der Just. Cod. hat „qui quolibet modo peregr." Jhering (Beitr. S. 99. n. 123. Besitzesch. S. 119. n. 123) will quolibet pacto mit ablata verbinden. Allein das ist grammatisch kaum zulässig und würde im Zusammenhang der Stelle und in Verbindung mit dem privati, oblata, deiecti, violentia keinenfalls etwas anderes, als verschiedene Arten von Gewalt bedeuten können.

3) Zusatz des Just. Cod.

Digitized by Google

gedacht ist, zeigen die Ausdrücke privati — oblata — dejecti — violentia zur Genüge, ebenso das „tempora recuperandae possessioni legibus praestituta". Die „actio recuperandae possessionis" ist also nichts anderes, als die an die Stelle des alten Interdicts getretene utilis actio. Der Ausdruck „momentariae possessioni restituere" bedeutet also einfach nur die Wiederherstellung des augenblicklichen vorläufigen Besitzes, ebenso wie es umgekehrt später in einem Gesetze von Arcadius[1]) heißt „momentaria possessio pervasione violata". Die momentaria possessio ist nichts anderes als die weitläufigere aber deutlichere Bezeichnung für das momentum des anderen Gesetzes von demselben Jahre[2]).

c. Das dritte Gesetz von Constantin, vom J. 330[3]), ist das, woraus Ihering[4]) die actio moment. poss. wegen Irrthums herleitet. Es betrifft eine Verbindung von Besitz- Eigenthums- und Gränzstreit, und ist darum im Justinianischen Codex in zwei Stücke zerschnitten, die mit weiterer Interpolation in die beiden Titel Finium regundorum und Unde vi gesetzt sind. Seine ursprüngliche Gestalt ist uns nur durch die Sammlung der Agrimensoren überliefert, die es aus dem Theodosischen Codex entnommen hatten. Von da ist es bei uns wieder in die Ausgaben des Cod. Theod. aufgenommen in den Titel Finium regundorum. Nur in dieser ursprünglichen Gestalt läßt sich seine eigene Bedeutung erkennen, was weder von Savigny noch von Ihering berücksichtigt ist.

Das Gesetz beginnt mit folgendem Satze:

Si quis super invasis sui iuris locis prior detulerit querimoniam, quia finalis cohaeret de proprietate con-

1) L. 6. C. Th. 2, 4.
2) Vgl. oben S. 88.
3) C. Th. 2, 26, 1. C. Iu. 8, 4, 5. Röm. Feldmesser, n. Lachmann, 267.
4) Beiträge, S. 91.—94 Besitzesschutz, S. 111—14.

Digitized by Google

troversiae, prius super possessione quaestio finiatur, et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur.

Die hier angeordnete Scheidung des „prius super possessione quaestio finiatur" von dem „tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca" erklärt sich aus Aggenus Urbicus[1])

De possessione controversia — per interdictum, i. e. iure ordinario, litigatur; hoc non est disciplinae nostrae iudicium, sed aput praesidem provintiae agitur, — sicut lex ait: Nisi de possessionis statu quaestio fuerit terminata, non licet mensori preire ad loca.

Die Agrimensoren hatten nur über das Eigenthum durch Rectificirung der Gränzen nach den Grundsätzen der Gromatik zu entscheiden. Die Feststellung des factischen Besitzes als eines selbständigen Verhältnisses lag außerhalb ihrer Competenz. Ueber die Entscheidung des Agrimensor selber bestimmt nun das Gesetz:

— agrimensor dirigatur ad loca: ut, si fidelis inspectio, tenentis locum esse, probaverit, petitor victus abscedat, at si controversia eius claruerit, qui primo iudiciis detulerit causam, ut invasor ille poena teneatur edicti, si tamen vi ea loca eundem invasisse constiterit; nam si per errorem aut incuriam domini loca data ab aliis possessa sunt, ipsis solis cedere debent.

Dieses „loca data" bezieht sich, wie schon Gothofred bemerkt hat, auf die agrimensorischen Abmessungen und Bezeichnungen, von denen Hygin[2]) sagt: „Omnes significationes et formis et tabulis aeris inscribemus: „data, adsignata, concessa, excepta" etc. — libros aeris — tabulario Caesaris inferemus", und weiter Siculus Flaccus[3]): „illa

1) Röm. Feldmesser n. Lachmann. S. 16, 19.
2. Röm. Feldmesser n. Lachmann S. 202, 11.
3) Röm. Feldmesser n. Lachmann. S. 154, 22.

Digitized by Google

tantum fides videatur quae aereis tabulis manifestata est; — qualescunque enim formae fuerint, si ambigatur de eorum fide, ad sanctuarium principis revertendum erit". Demnach sagt Constantins Gesetz: nach Feststellung des Besitzstandes hat der Agrimensor nach seinen Hülfsmitteln („fidelis inspectio") das Eigenthum zu untersuchen; findet er, daß die „loca" dem Besitzer gehören („tenentis esse"), so ist der Kläger abzuweisen, sonst muß der Besitzer sie herausgeben (cedere debet), und zwar, wenn er sie mit Gewalt in Besitz bekommen hat, mit der gesetzlichen Strafe, wenn „per errorem aut incuriam domini", ohne Strafe. Daß man das „errorem" in diesem Zusammenhange nur auf den Eigenthümer beziehen kann, scheint mir unzweifelhaft; wenn man es aber auch mit Ihering auf den Besitzer beziehen wollte, so ist doch jedenfalls klar, daß von einem neuen possessorischen Klagerechte aus error und incuria neben vis hier keine Rede sein kann; unter dominus kann nach dem dargestellten Zusammenhange hier schlechterdings nur der Eigenthümer verstanden werden. Iherings Annahme einer neuen possessorischen Klage ist überhaupt nur dadurch möglich geworden, daß Justinian den zweiten Theil der Stelle in den Titel Undi vi gesetzt hat. Ob dieses aber jene Annahme rechtfertigt, kann erst weiter unten untersucht werden.

4. Das nächste Gesetz ist von Gratian vom J. 381 [1]). Es betrifft drei Fälle:

a) wenn Jemand „rescripto neque vulgato neque adversario solenniter intimato, possessorem huiusmodi terrore turbaverit, — cum precibus poposcisset audiri;

b) wenn Jemand „iudicis interlocutione suppressa, sub specie iudicati ius alienum improba temeritate pervasit;

c) wenn „habito plerumque colludio, tutores minorum

1) C. Th. 4, 22, 2. C. Iu. 8, 4, 6.

Digitized by Google

his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis iurgandi copia et fructus adimatur.

Für die beiden ersten Fälle wird gleichmäßig die Strafe eingeführt:

ea in perpetuum lite mulctetur, quam praeoccupaverit violentia.

in dem dritten Falle heißt es:

eosdem (minores) non atterat damno culpa temeritatis alienae, sed illico quidem possessio ei, a quo ablata est, reddatur, tutores autem deportatione punitos bonorum quoque publicatio persequatur.

Die beiden ersten Fälle hängen enge zusammen und enthalten die Bestimmung: wenn Jemand in einem Processe ein kaiserliches Rescript oder richterliches Interlocut erlangt hat, dann aber statt den Proceß ordnungsmäßig weiter zu führen jene Vorentscheidungen benutzt, um unter dem Scheine von Endentscheidungen (sub specie iudicati) dem Gegner durch Einschüchterung und Gewaltthätigkeiten den Besitz abzunehmen, so soll er zur Strafe sein ganzes Klagerecht verlieren. Es ist also das Princip, die Selbsthülfe mit Verlust des Rechtes zu strafen, was Marc Aurel für die Obligationen aufgestellt, und schon Constantin in Einem Falle, nämlich bei Gränzklagen, auch auf Besitzentziehung angewendet hatte. Jhering[1]) will aus dem Gesetze eine neue Besitzklage aus „Erschleichung des Besitzes in Formen des Rechts" entnehmen, da ja der Verklagte, dem der Besitz genommen, eine Klage auf die Rückforderung haben müsse. Allein von Erschleichung und Form des Rechts spricht das Gesetz nicht. Daß das betreffende Rescript oder Interlocut erschlichen wäre, wird nicht angenommen, sondern im Gegentheil, daß ersteres nicht ordnungsmäßig mitgetheilt, letzteres sogar unterdrückt sei, und dann

1) Beiträge, S. 99. Besitzesschutz, S. 119.

Digitized by Google

„sub specie iudicati", also unter dem Vorgeben, daß darin eine Endentscheidung enthalten sei, gewaltsame Selbsthülfe ausgeübt sei, „terrore turbaverit, violentia praeoccupaverit, temeritate pervaserit".

Den dritten Fall des Gesetzes, den von den Vormündern, versteht Ihering[1]) so, daß „colludirende Vormünder den Besitz ihrer Mündel dem Gegner abgetreten" hätten, und sieht daher darin den ersten Fall einer Besitzklage aus der Untreue der Vertreter. Er hat sich dabei offenbar durch die Worte „habito plerumque colludio", verleiten lassen, denn im übrigen ist die Interpretation nicht wohl möglich.

Die Worte „his rem debitam pervadant" können nicht bedeuten, daß die Vormünder eine von ihnen verwaltete Sache an dritte veruntreuen, und danach die Worte „possessio ei, a quo est ablata, reddatur" auch nicht, daß die veruntreute Sache den Pupillen zurückgegeben werden soll. Vielmehr zeigt der ganze Eingang:

Si autem curatores minorum his rem debitam ea occasione pervadant,

namentlich nach dem im zweiten Falle voraufgegangenen „pervasit", daß hier eine bestimmte Parallele mit den vorhergehenden Fällen stattfindet. Die Worte „ea occasione" können nur die in jenen Fällen angegebenen näheren Umstände des pervadere bezeichnen. Danach kann der Sinn kein anderer sein als, wie schon die westgothische Interpretation[2]) und ebenso auch Gothofred angenommen haben, eine Bestimmung für den Fall zu geben, daß nicht der Kläger selbst, sondern seine Vormünder für ihn die Gewalt ausgeübthaben.

---

1) Beiträge, S. 94—96. Besitzesschutz, S. 114—116.

2) Diese sagt: si curatores minorum pro eorum negotio alienam rem sub ea, quam diximus, temeritate pervaserint, ut minorum causa depereat, nullum minoribus praeiudicium fieri ex curatorum temeritate, sed etc.

Digitized by Google

Dann soll die Strafe des Verlustes der Klage (ut iurgandi copia adimatur) für die Pupillen nicht eintreten, sondern nur die Sache dem Dejicirten sofort wiedergegeben werden (illico possessio ei, a quo est ablata, reddatur) und die Vormünder die Strafe der Deportation treffen. Die Worte „habito plerumque colludio" enthalten, wie das „plerumque" zeigt, kein Erforderniß der ganzen Bestimmung, sondern nur die Bemerkung, daß solche Gewaltthätigkeiten von Vormündern für Pupillen häufig gar nicht einmal ernst gemeint wären, sondern nur auf Colluſion mit dem Gegner beruhten, damit dieser später seinen Verlust der Sache mit der erlittenen Gewalt entschuldigen könne. Um so weniger, ist der Gedanke, darf die Pupillen die Strafe des Verlustes der Klage treffen.

5. In dem nächstfolgenden Rescripte von Valentinian I. vom J. 376[1]):

> Ubi aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci iudicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit iudicare.

meint Ihering[2]), sei „neben der vis noch die Möglichkeit einer anderweiten Störung anerkannt". Allein das ist wohl nicht möglich. Die beiden Begriffe „vis facta" und „possessio postulanda" bilden an sich gar keinen Gegensatz, der eine ist Grund, der andere Inhalt der Klage. Sie vereinigen sich in dem „qui possessionem turbavit". Dies bedeutet aber stets gewaltsame Verletzung des Besitzes, sei es durch Störung oder Entziehung. Somit sind nur zwei Erklärungen möglich: entweder die der Glosse, die Stelle nur auf das interd. U. V. zu beziehen und dabei forum delicti und rei sitae zu unterscheiden, oder die von Donellus[3]), die Stelle nur vom forum delicti zu verstehen und sowohl auf Störung

1) L. un. C. ubi de possessione agi oportet. 3, 16.
2) Beiträge, S. 88. Besitzesschutz, S. 180.
3) Comment. 17, 17, 3.

Digitized by Google

als Entziehung zu beziehen. Dieses ist vorzuziehen, da auch die Titel-Ueberschrift allgemein „ubi de possessione agi oportet" lautet. Das „momentariam possessionem postulare" bedeutet, wie das „momenti reformationem postulare" und „momentum repetere" in den oben Seite 89 angeführten gleichzeitigen Stellen, die Rückforderung des entzogenen Besitzes durch das interd. U. V., und die Basiliken[1]) übersetzen daher mit Recht ἡ πρὸς ὀοπὴν αἰτουμένη νομή; die „vis facta" bedeutet dann die Störung. Daß bei dem ersteren die vis nicht besonders erwähnt ist, erklärt sich bei dem feststehenden Sprachgebrauche von selbst.

6. Es folgen drei Gesetze von Valentinian II. und Theodos I. Das erste ist das schon oben bei dem Ausdrucke momentum angeführte Gesetz von Valentinian II. vom J. 386 über die Beschränkung der Appellation bei den Besitzklagen[2]):

Cum de possessione et [eius] momento causa dicitur, etc.

Es ist gar nicht auf das interd. U. V. beschränkt, und giebt nach der obigen Ausführung über den Ausdruck momentum zur Annahme einer Ausdehnung des Klagegrundes auch nicht die entfernteste Veranlassung. Das zweite, das vom J. 398 über die bekannte Strafe der Selbsthülfe beim Eigenthum[3]), ist überhaupt nur der Vollständigkeit wegen hier zu nennen, da es sich jedenfalls nur auf die Selbsthülfe durch Gewalt bezieht.

7. Unter den nun folgenden fünf Gesetzen von Arcadius und Honorius ist das erste[4]) von 395 das, worin der Ausdruck „momentariae possessionis interdictum" vorkommt, auf den Ihering[5]) ein besonderes Gewicht legt. Es ist ein

1) Bas. 7, 5, 78.
2) C. Th. 11, 37, 1. C. Ju. 7, 69, 1.
3) C. Th. 4, 22, 3. C. Ju. 8, 4, 7.
4) C. Th. 2, 1, 8. C. Iu. 8, 4, 8.
5) Beiträge, S. 87. 89. Besitzesschutz, S. 107—8.

Digitized by Google

Competenzgesetz und bestimmt: es seien bisher an den Rector der Provinz eine Menge kleiner Delicte „sub specie criminis" gebracht, dies solle nicht mehr sein, er solle nur die eigentlichen „causae criminales" annehmen, bei denen das förmliche Criminalverfahren mit der alten s. g. „inscriptio" stattfinde. Dabei werden als „res parvae et minimae" angeführt: causa de fugaci servo, furtum manifestum aut non manifestum, vis bonorum raptorum, abacti animalis causa, u. a., und mitten unter ihnen[1]):

Momentariae etiam possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, ut mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, mereatur.

Der Gedanke ist also: zu den „res parvae et minimae", mit denen der Rector nicht behelligt werden soll, gehört mitunter auch das interdictum moment. poss., da es nicht immer auf einer Gewalt beruht, die unter die Lex Julia de vi publica et privata fällt, und dann eine schleunige Erledigung ohne Criminalunterſuchung verlangt. Was das für Fälle seien, die unter dem „non semper" und „interdum" gemeint sind, ist nicht gesagt.

Es sollen offenbar nur einzelne seltenere Fälle sein. Es gehören dahin namentlich die, wo das interd. U. V. nur darum gegen Jemand geht, „quia pervenit aliquid ad eum", also wenn die Dejection für einen anderen ohne dessen Wissen und Wollen vorgenommen ist, z. B. von den Sklaven für den Herrn[2]), vom Sohne für den Vater[3]), vom Vormund für den Mündel[4]), von einem Bürger für seine Gemeinde[5]). Ferner

1) Die Interpunktion und Paragraphen-Abtheilung in Hänels Ausgabe ist sehr verkehrt, die von Gothofred, die gar keine Paragraphen scheidet, viel richtiger.

2) L. 1. §. 15. 19. 21. de vi.

3) L. 1. §. 20. de vi.

4) L. 6. §. 1. C. unde vi.

5) L. 4. de vi..

Digitized by Google

gehört der Fall der Ratihabition[1]) dahin, da deren Gleichstellung mit dem Mandate nur für das Civilrecht und nicht für das Criminalrecht gilt[2]); ferner wenn die Klage erst gegen die Erben angestellt wird[3]), und außerdem auch Fälle, wo das Interdict durch Eigenmacht ohne eigentliche Gewalt begründet wird, z. B. wenn der Pächter den vom Verpächter ihm zugewiesenen Käufer des Grundstücks „non admisit". Unzweifelhaft begründet dies schon nach L. 12 de vi von Marcellus das Interdict, doch ist erst 300 Jahre später von Zeno (484) für diesen Fall zu dem Interdicte eine Strafe hinzugefügt, und auch nur die Privatstrafe der invasores[4]). Ihering[5]) meint zwar die L. 2 §. 3. ad l. Jul. de vi privata:

si per iniuriam ex bonis alienis quid ablatum sit, hac lege teneri eum, qui id fecerit.

zeige, daß es bei der Strafe jenes Gesetzes nur auf das „sachliche Moment der Aneignung fremder Sachen", auch ohne Gewalt gegen den Besitzer, ankomme. Allein wenn das richtig wäre, so würde ja jedes furtum unter die Lex Julia de vi fallen, und schon längst hat daher Wächter[6]) gezeigt, daß die ganze L. 2 und 3 nur zusammen genommen werden dürfen, und daher das voraufgehende „vim fecerit" auch auf

1) L. 1. §. 14. L. 3. §. 10. 11. de vi.

2) Bei unseren Criminalisten ist darüber kein Zweifel. Unbegreiflich ist, wie Rein (Criminalrecht d. Römer. S. 195) folgende Tirade von Cicero gegen Antonius (Phil. 2, 12) für das Gegentheil anführen kann: Tu, stultissime omnium, non intelligis, si id, quod me arguis voluisse, interfici Caesarem, crimen sit, etiam laetatum esse morte Caesaris crimen esse? Quid enim interest inter suasorem facti et probatorem? etc.

3) L. 1. §. 48 — L. 3. §. 1 de vi.

4) L. 10. C. unde vi. L. 33. C. locati.

5) Beiträge, S. 91, n. 114. Besitzesschutz, S. 111. n. 114.

6) Neues Archiv des Criminalrechts. 11, 641—2.

Digitized by Google

den §. 2 zu beziehen ist[1]). Hiernach gab es also eine ganze Anzahl von Fällen, wo das interd. U. V. ohne Criminalanklage möglich war, oder wo wenigstens das Interdict einen andern traf, als die Criminalanklage, und somit ist nicht der mindeste Grund da, unter dem interd. moment. possess. in dem Gesetze von Arcadius etwas anderes zu verstehen, als unter der restitutio momentariae possessioni und der reformatio momenti in den oben besprochenen Stellen, d. h. eben einfach das interdictum U. V. Bestätigt wird dies dadurch, daß sogar die Basiliken[2]) noch gar nichts anderes darunter verstehen, indem sie „momentariae possessionis interdictum" so übersetzen: *Ἡ πρὸς ῥοπὴν νομὴ, ἔχουσα τὸ περὶ βίας παράγγελμα.* wörtlich: ad momentum possessio habens de vi interdictum.

Damit verliert die Argumentation von Ihering ihre Beweiskraft, daß, weil das interd. U. V. nie ohne eine accusatio de vi sei, das interd. momentariae possessionis eine neue allgemeinere Klage wegen Besitzentziehung sein müsse und eben die Fälle von error und incuria aus dem Constantinischen Gesetze von 330 ebenso umfasse wie die von vis. Dazu kommt, daß eine Besitzklage wegen error und incuria, wie oben gezeigt ist, in der ursprünglichen Fassung des Constantinischen Gesetzes keinenfalls schon enthalten ist, also zu jener Zeit jedenfalls noch nicht existirte. Ueberhaupt aber hat die bisherige Ausführung gezeigt, daß man zur Zeit des vorliegenden Gesetzes von Arcadius eine andere Besitzklage als das interd. U. V. überhaupt noch gar nicht kannte.

Die nächsten drei Gesetze von den Kaisern Arcadius und Honorius, und Honorius und Theodosius[3]), (von

1) Noch weniger beweisen die L. 7 und 8 eod. tit., die Ihering anführt, da sie auf der besonderen Bestimmung des edictum D. Marci beruhen. Wächter, a. a. O. S. 645—6.

2) Bas. 50, 3, 56.

3) C. Th. 4, 22, 4. 5. 6. Nur die beiden letzteren sind in den C. Iu. 8, 5, 2 und 3, 6, 3 aufgenommen.

Digitized by Google

396, 397, 414) stehen in einer gewissen Verbindung, indem sie sich gleichmäßig auf den Schutz der Abwesenden (in militia constitutis vel absentibus) beziehen, bei deren Gütern eben die widerrechtlichen Occupationen besonders häufig vorgekommen zu sein scheinen. Ihering[1]) legt auf diese Gesetze besonders in zwei Beziehungen Gewicht:

a) weil dadurch die Besitzklage zu einer Popularklage ausgebildet sei,

b) weil sie dadurch auf die illegalen obrigkeitlichen Verfügungen ausgedehnt sei.

Ich kann ihm in beiden Beziehungen nicht beistimmen.

a. Das erste gründet Ihering auf die L. 4 und 6 cit.: in der L. 4 zunächst sei den Sklaven, Verwandten und Freunden des abwesenden Besitzers das Recht zur Klage, auch ohne daß sie seine Vertreter im Besitze gewesen, eingeräumt, und in der L. 6 dann ganz allgemein gesagt: „Momenti actio exerceri potest per quamcunque personam". Ich will kein Gewicht auf den bedenklichen Werth einer solchen Popularklage, die den Abwesenden leicht mehr Nachtheil als Vortheil bringen könnte, legen. Allein Ihering scheint doch zwei Punkte übersehen zu haben. Zunächst, daß die L. 4 gar nichts neues einführen sondern nur das alte Gesetz von Constantin vom J. 326 erneuern will. Es heißt ausdrücklich:

> Legis iteranda beneficia sunt, quae tantum absentibus detulerunt, ut, si perturbatus possessionis status sit vel aliquid ereptum sit, ad repetendum momentum redintegrationemque fortunae servis etiam praebeatur facultas, amicis praeterea, parentibus proximis vel libertis.

Das Gesetz will also nur die Wohlthaten des alten Gesetzes wiederholen, die den Abwesenden so viel eingeräumt

1) Beiträge, S. 97—98. Besitzesschutz, S. 118—118.

Digitized by Google

haben, daß ihre Sclaven u. s. w. für sie klagen können. Darin liegt keine Disposition, sondern nur eine Relation, und daraus folgt von selber, daß unter den Sklaven, Freunden u. s. w. nur die gemeint sind, die die Detention für den Abwesenden hatten. Zum Ueberflusse wird dieses aber am Schlusse des Gesetzes noch ausdrücklich hervorgehoben:

Sub quocunque igitur nomine vel titulo possidenti repetendi copia praebeatur, qui utendae rei habuit facultatem, ut, quae absentibus erepta esse constiterit, sub cuiuslibet personae repetitione reddantur.

Mit den Worten „sub quocunque — facultatem" kann natürlich nicht der abwesende Besitzer gemeint sein, dem das Rückforderungsrecht nicht erst gegeben zu werden brauchte, sondern eben nur der anwesende Vertreter, dem die „repetendi copia praebetur", entsprechend dem „ad repetendum facultas praebetur" im Anfange des Gesetzes. Der Sinn ist also: in wessen Namen und aus welchem Grunde man auch für einen Abwesenden besitzt, immer kann man für ihn klagen. Natürlich bekommt dadurch auch das „cuiuslibet personae repetitione" am Schlusse seine Bedeutung. Eine Bestätigung findet dies alles darin, daß das Gesetz als bloße Wiederholung eines früheren in den Just. Codex gar nicht mit aufgenommen ist.

Das andere Gesetz, die L. 6[1]), ist kein allgemeines Edictalgesetz, sondern ein Rescript für einen einzelnen Fall vom J. 414. Dies zeigt der Inhalt:

Momenti actio exerceri potest per quamcunque personam; sub colore autem adipiscendae possessionis obrepta petitio alteri obesse non debet, maxime cum absque conventione legitimae personae initiatum iurgium videatur. Nihil autem opitulatur conventio circa minorem habita, cum id rectius circa curatorem debuerit custodiri.

1) C. Iu. 3, 6, 3.

Digitized by Google

Es war also für einen Abwesenden geklagt, und zwar gegen einen Minderjährigen, und dabei: „sub colore adipiscendae possessionis“ beim Kaiser „obrepta petitio“. Der Verklagte hatte daraus drei Einreden entnommen:

1) der Kläger sei nicht „persona legitima“ d. h. entweder er sei Sklav oder er sei nicht zur Sache legitimirt[1]), dies sei nur der Abwesende;

2) der Verklagte sei minderjährig, Kläger müße den Vormund verklagen;

3) Die exceptio obreptionis.

Wenn nun der Kaiser den ersten Einwand kurz damit abweist, daß die momenti actio per quascunque personas angestellt werden könne, so ist so viel jedenfalls sicher, daß darin nicht die neue Einführung einer Popularklage enthalten sein kann. Wäre sie schon vorher dageweſen, so könnte man die Worte allenfalls darauf beziehen. Da sie aber zur Zeit des obigen Gesetzes vom J. 396 offenbar noch nicht existirte und ihre Einführung in den 18 Jahren bis zu diesem Rescripte vom J. 414 durch nichts auch nur wahrscheinlich gemacht ist, so versteht sich wohl von selbst, daß die Worte nur im Einklange mit jenem Gesetze verstanden werden können.

b. Die zweite obige Behauptung Iherings, die über die Besitzklage aus illegaler obrigkeitlicher Verfügung, ist gleichfalls auf die oben besprochene L. 6 gegründet, nämlich auf die Worte „sub colore autem — obrepta petitio alteri obesse non debet“. Allein diese Worte sollen ja nicht die actio momenti begründen, sondern im Gegentheile ist das Subject für die actio momenti ebenso wie für die „obrepta petitio“ dasselbe, nämlich der Kläger, der Vertreter des Abwesenden. Die Worte

1) Das erstere scheint Justinian angenommen zu haben, da er die Stelle in den Titel „Qui legitimam personam in iudicio habeant“. C. 3, 6, 3 gesetzt hat.

Digitized by Google

sagen daher, der Kläger könne zwar die a. mom. für den Abwesenden anstellen, aber (autem) die Obreption dürfe dem Verklagten nicht schaden, d. h. die exceptio obreptionis sei für diesen begründet, wenn der Kläger wirklich „colore adipiscendae possessionis" ein Reskript erschlichen habe. Ob bei diesem „color adipiscendae possess." an die Vorspiegelung eines interd. adip. poss. zu denken ist, oder woran sonst, ist nicht ersichtlich, ist aber auch gleichgültig; denn von der Begründung der a. momenti durch die Obreption und überhaupt von einer besondere neuen Besitzklage ist keinenfalls die Rede. Schwerlich würde sonst auch Justinian die Stelle aus dem Titel Unde vi, wo sie im Theod. steht, heraus genommen und in den Titel über die persona standi in iudicio gesetzt haben. Hiernach ist nicht der mindeste Grund, den Ausdruck momenti actio oder, wie Justinian deutlicher sagt, momentariae possessionis actio, irgend wie anders zu verstehen, als dem oben besprochenen Sprachgebrauche jener Zeit gemäß identisch mit interdictum Unde vi. Lediglich darauf beruht die Stellung des Gesetzes im Cod. Theod. im Titel U. V.

Das andere Gesetz, worauf Ihering seine Besitzklage aus obrigkeitlichen Verfügungen gründet, ist etwas früher, als das eben besprochene, nämlich schon vom J. 397, auch von Arcadius und Honorius[1]). Es sagt:

> Nec imperiale rescriptum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris interpellare possessionis statum, eo qui rem tenet absente, permittitur, quia negotiorum merita partium assertione panduntur; vitia autem a maioribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur.

Der Schlußsatz steht mit dem vorhergehenden in keiner

1) C. Th. 4, 22, 5. C. Iu. 8, 5, 2.

Digitized by Google

erkennbaren Verbindung[1]), man sieht daraus aber, daß die Stelle ein Specialrescript für einen einzelnen Fall war, dessen nähere, in der Anfrage angegebenen, uns unbekannten Umstände die Veranlassung zu der Bemerkung darboten. Der Inhalt des Rescripts ist daher nicht als eine Neuerung anzusehen sondern aus dem bisherigen Rechte zu erklären. Es sagt nichts anderes, als: gegen Abwesende soll der Besitzstand weder durch kaiserliches Rescript noch richterliches Urtheil geändert werden. Damit ist also nur der allgemeine so oft wiederholte Satz[2]), daß gegen Abwesende, außer bei contumacia, kein Urtheil und keine Execution (sondern nur vorläufige Sicherungsmaßregeln) zulässig sind, auch auf den Besitz angewendet. Während es also z. B. in L. 3. C. 7, 43 bei einem contumaciter absens heißt, der Richter solle „possessionem ad actorem transferre et adversarium petitorem constituere", so darf dieses bei einem ohne Contumaz Abwesenden nach dem Rescripte von Arcadius nicht geschehen. Das ist der ganze Inhalt des Rescripts. Von einer Besitzklage ist keine Rede darin. Ihering folgert sie auch nur daraus, daß der etwa Vertriebene doch eine Klage auf die Rückgabe haben müße. Allein eben weil das Rescript nichts neues einführt, ist auch keine neue Besitzklage dabei nöthig, sondern es treten einfach dieselben Folgen ein, wie schon 200 Jahre früher zur Zeit von Ulpian und Paulus, d. h. zunächst Nichtigkeit des Decrets und die dadurch weiter begründeten processualischen Rechtsmittel; wenn aber etwa auf Grund des Decrets Gewalt oder Zwang angewendet ist, oder die Vertreter im Irrthume den Besitz hergegeben haben, so treten je nach Umständen int. U. V. oder possessorische actio metus, condictio indebiti u. s. w. ein.

1) Im Justin. Codex ist er daher ganz weggeschnitten und in den Titel de poss. als L. 11. gesetzt.

2) L. 1—11. C. 7, 43. L. 21. §. 2. D. 4, 6. L. 75. D. 5, 1. L. 1. §. 3. D. 49, 8. l. 53. 54. D. 42, 1. L. 3. 4. C. 2, 51.

Digitized by Google

8. Das fünfte Gesetz von Arcadius (v. 406) betrifft die Beschleunigung des Besitzprocesses und ist daher in Verbindung mit einem schon 7 Jahre (389) früher erlassenen Gesetze von derselben Tendenz, mit dem es auch im Theodosischen Codex zusammengestellt ist[1]), zu nehmem. Das erste sagt:

Si quis possessione deiectus auxilium nostri poscat oraculi, nullis — moris eum esse ludendum, — ne quod in celeri reformatione consistit, — decreta suspendant.

Das zweite:

Si quis — momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet, — ruptis denunciationum ambagibus — allegationes iubeatur proponere.

Beide haben die Beschleunigung des recuperatorischen Besitzprocesses zum Zwecke, sprechen aber beide nur von Gewalt, aber offenbar nicht weil sie eine Singularität für den Fall der Gewalt aufstellen wollen, sondern weil sie sich unter Besitzklagen nur die alten Interdicte mit deren Beziehung zu Dejection und Gewalt denken. Das zeigt namentlich das zweite in den Worten „vel quodlibet interdictum". Darin liegt deutlich, daß es auch bei der „momentaria possessio pervasione violata" nur an die Interdicte, sei es U. P. oder U. V. oder beide, denkt, und daß die momentaria possessio weder einen Gegensatz zur Gewalt noch zum interd. U. V. in seinen materiellen Grundsätzen bezeichnet.

9. Den Schluß bilden endlich zwei Gesetze von Justinian, die L. 12. C. de poss. und L. 11. C. unde vi, die letztere vom J. 532, die erste zwar ohne Datum, aber, da sie beide an der praef. praet. Johannes gerichtet sind, jedenfalls auch vom J. 532 oder 531[2]). Beide sind

1) C. Th. 2, 4, 5 und 6.

2) Vgl. Krüger, in d. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte. 11, 186, n. 37.

Digitized by Google

in ächt Justinianischer Weise so ungenau abgefaßt, daß ihre Erklärung, und zwar gerade in der Hauptsache, von den Glossatoren bis auf den heutigen Tag streitig ist. Ich will mir nicht anmaßen, den alten Streit hier zu entscheiden, es handelt sich für mich hier nur darum, die Bedeutung, die ihnen Ihering für seine actio moment. poss. beilegt, zu beseitigen.

a. Das erste ist das über den Verlust des Besitzes durch Stellvertreter, worin bestimmt ist, daß wenn ein Vertreter:

possessionem cuiuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.

Ihering[1]) sieht darin die Einführung eines possessorischen Schutzes für den Fall, daß der Vertreter den Besitz treulos an Dritte übergiebt. Er meint der Besitz geht hier zwar verloren, aber „der Eigenthümer soll darunter nicht leiden, d. h. die Sache soll ihm zurückgegeben werden, und zwar nicht auf Grund seines Eigenthums, was er vorher zu erweisen hätte, sondern auf Grund seines Besitzes". Es soll darin nur eine Verallgemeinerung der Bestimmung liegen, die für den Fall, daß Vormünder die Sachen ihrer Mündel dolos weggeben, schon in dem oben besprochenen Gesetze von Gratian (381) eingeführt sei. Daß dieses letztere jedenfalls unrichtig ist und auf einer falschen Interpretation des Gratianischen Gesetzes beruht, ist oben gezeigt[2]). Nimmt man

1) Beiträge, S. 94—97. Besitzesschutz, S. 114—117.

2) Oben S. 97. nro. 4. Ueber die Annahme, daß schon von Diocletian eine Besitzklage aus der Untreue der Stellvertreter gegeben sei, s. oben S. 14.

Digitized by Google

danach Justinians Gesetz für sich allein, so hängt alles von der Bedeutung der beiden Sätze ab, erst:

dereliquerit vel alii prodiderit

und dann:

nihil penitus domino praeiudicii generetur.

Dabei ist so viel auf den ersten Blick klar, daß die Einführung der neuen Klage für den Fall der dolosen Tradition keinenfalls direct in dem Gesetze ausgesprochen ist. Weder die Tradition noch die Klage ist genannt. Die erste soll in dem „prodiderit" stecken, die letztere in dem „nihil praeiudicii". Wäre aber Justinians Absicht wirklich dahin gegangen, so hätte er sich in der That ungeschickter wohl kaum ausdrücken können, als so. Was er gewollt, hätte er nicht gesagt, statt dessen anderes möglichst irreführendes.

Das Gesetz ordnet für die beiden Fälle:

dereliquerit vel alii prodiderit

nur eine gleichmäßige Folge an:

nihil praeiudicii generetur.

Nun bedeutet das dereliquerit aber jedenfalls nur das einfache verlassen; die treulose Zuwendung an Dritte darf man um so weniger hineinlegen, da die Worte „desidia forte vel dolo" deutlich zeigen, daß das Gesetz gar nicht die Treulosigkeit allein im Auge hat. Bei dem einfachen Verlassen kann aber das nihil praeiudicii natürlich gar keinen anderen Sinn haben als den, daß dadurch der Besitz nicht verloren gehen soll. Eine Besitzklage kann dadurch noch gar nicht begründet werden, sie wird erst möglich, wenn ein anderer den verlassenen Besitz occupirt, dann aber ist es nicht das verlassen sondern das occupiren, was die Besitzklage begründet. Demgemäß wird denn auch derselbe Ausdruck „praeiudicium non generatur" in demselben Titel in der L. 4 gerade für die Bestimmung gebraucht, daß der Besitz solo animo erhalten werden soll, wenn Jemand einen Besitz verläßt „non derelin-

Digitized by Google

quendi affectione sed metus necessitate". Unter den römischen Juristen war beim Besitze durch Stellvertreter ein Streit, ob der Besitz hier schon durch das bloße discedere und deserere der Vertreter verloren gehe, oder erst durch eine Occupation von Dritten [1]). Wenn daher die L. 12 sagt, durch das derelinquere solle nihil praeiudicii domino generari, so kann sie damit nichts anderes meinen, als die Bestätigung der alten Ansicht, daß der Besitz dadurch noch nicht verloren gehe, sondern einstweilen fortdauere. Das sieht Ihering auch selber gar nicht anders an. Dies hat also mit der Veruntreuung des Besitzes durch Tradition an Dritte noch gar nichts zu thun.

Nun muß man aber fragen: ist es möglich, daß, wenn Justinian des nihil praeiudicii generetur zugleich für den Fall des „derelinquere" und des „alii prodere" ausspricht, es bei dem letzteren eine ganz andere Bedeutung hat, als bei dem ersteren? bei diesem Erhaltung des Besitzes, bei jenem Verlust mit Rückforderungsklage? Man muß dabei zunächst bedenken, daß Justinian nicht tradiderit sagt, sondern prodiderit. Beides ist keineswegs identisch. Allerdings ist das tradere, wenn es dolos geschieht, stets ein prodere, aber nicht umgekehrt jedes prodere ein tradere. Denn prodere ist es auch, wenn der Vertreter einfach fortgeht und den Besitz leer läßt, aber mit der Verabredung oder auch nur der Absicht, daß ein anderer nachher den Besitz ergreife. Das prodere ist also äußerlich oft gar nichts anderes als ein derelinquere und nur in dem inneren Grunde und der Absicht von ihm verschieden. Es ist das so sehr, daß die Basiliken sogar gar keinen Unterschied machen, an das tradere gar nicht denken, sondern für das dereliquerit und prodiderit nur das eine Wort ἀποστῇ setzen, was an sich auch nur das aufgeben des alten

1) Vangerow, Pandekten §. 209. S. 381.

Digitized by Google

Besitzes nicht das hingeben zu neuem Besitze bezeichnet. Daß nun aber in allen Fällen, wo das prodere nicht durch tradere sondern durch derelinquere geschieht, zunächst stets die Wirkung des nihil praeiudicii generatur keine andere sein kann, als die der Fortdauer des Besitzes, versteht sich von selbst. Tritt später fremde Occupation hinzu, so entsteht dann zwar die Frage, ob der Besitz nun sofort aufhört, oder erst wenn der Besitzer es erfährt und den Occupanten nicht vertreibt. Allein das ist ja bei dem einfachen derelinquere gerade ebenso und das nihil praeiudicii kann daher hier keine andere Bedeutung haben wie dort, nämlich immer nur einfach die Fortdauer des Besitzes. Wenn Ihering umgekehrt Verlust mit Klage annimmt, so scheint das nur daraus zu erklären, daß er beim prodere nur an tradere denkt, und auf die Verbindung mit dem derelinquere gar keine Rücksicht nimmt. Der Fall der directen Tradition muß aber dem der mittelbaren Ueberlassung und einfachen Entfernung ganz analog behandelt werden. Eine eigentliche Tradition ist vom Vertreter, da er ja selbst gar keinen eigentlichen Besitz hat, und ihn auch gar nicht anders als durch Dejection des Herrn bekommen kann, überhaupt rechtlich gar nicht möglich. Er kann rechtlich nie „vacuam possessionem tradere", sondern er kann überhaupt gar nichts anderes thun, als sich factisch entfernen und dadurch dem andern für die Occupation und Detention Platz machen, ganz wie Justinian, gewiß nicht ohne Absicht sagt, „prodiderit, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere". Daraus erklärt sich auch, warum die Basiliken die Rücksicht auf den neuen Erwerber des Besitzes ganz weglassen, und mit dem Einen Worte ἀποστῇ überhaupt nur die Entfernung des Vertreters ins Auge fassen.

Es entsteht nur die Frage, wie lange der Besitz des Herrn nach der Entfernung des Vertreters fortdauert, ob nur bis zur Occupation der Sache von dem Dritten, oder ob,

Digitized by Google

wie sonst bei der heimlichen Occupation, bis daß der Herr diese Occupation erfährt und den Occupanten nicht vertreibt. Savigny nimmt das letztere an, er dehnt das nihil praeiudicii auf diese Occupation mit aus, indem er sagt: wenn das derelinquere und prodere des Vertreters dem Herrn wirklich in keiner Weise (nihil penitus) schaden soll, so darf ihm auch die dadurch möglich gemachte Occupation des Besitzes von Dritten nicht schaden, und er muß also den Besitz behalten, bis er die Occupation erfährt und dann den Occupanten vertreiben kann; unter den alten Juristen sei zwar ein Streit darüber gewesen, Justinian habe diesen aber grade durch das nihil penitus zu Gunsten des Herrn entschieden. Es scheint dieses auf den ersten Anblick mit den sonstigen Grundsätzen von der heimlichen Occupation in Uebereinstimmung zu stehen. Denn wenn man den Besitz durch Vertreter (nach L. 3 § 12 de poss.) so auffaßt, daß man hier animo suo und corpore alieno besitzt, so versteht sich, daß nach Entfernung des Vertreters, falls man nicht sofortigen Verlust des Besitzes annimmt, ein solo animo possidere eintritt, ebenso wie wenn man ohne allen Vertreter direct solo animo besitzt. Dann aber scheint auch die heimliche Occupation von Dritten hier ebenso wie dort behandelt werden zu müssen, und für eine Verschiedenheit kein Grund da zu sein. Dennoch findet sich in den Quellen eine verschiedene Behandlung beider Fälle, und zwar keineswegs, wie Savigny meint, als Streit verschiedener Juristen, sondern als bestimmte Unterscheidung eines und desselben, nämlich Papinian's. Sie steht in L. 44—46 de poss., wird aber in der Regel ganz übersehen, und ist daher hier in einer etwas genaueren Ausführung über das ältere Recht darzulegen.

Papinian sagt in L. 44 §. 2 de poss. zunächst allgemein:

Cum de amittenda possessione quaeratur, multum

Digitized by Google

interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus.

Er will also so recht ex professo die Unterschiede ausführen, die im Verluste des Besitzes stattfinden, je nachdem man unmittelbar durch sich selbst, oder mittelbar durch einen Vertreter besitzt. Er führt dann zunächst folgenden Unterschied an:

nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo digressi fuissemus, ne possideremus; eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam si eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

Der Unterschied, der hier gemeint ist, bezieht sich offenbar nur auf den Verlust durch animus, nicht auf den durch corpus, und besteht darin: der unmittelbare Besitzer verliert den Besitz, sobald er ihn aufgiebt; beim mittelbaren hebt dagegen das Aufgeben des Besitzes vom Vertreter den Besitz des Herren nicht auf, vielmehr verliert dieser ihn erst, wenn der Besitz von Dritten occupirt wird, dann aber auch ohne seine Kenntniß. An dieses letztere knüpft Papinian einen weiteren Unterschied:

illa quoque possessionis amittendae separatio est:

d. h. ferner ist auch folgende Unterscheidung oder Verschiedenheit zwischen dem Verluste bei unmittelbarem und mittelbarem Besitze:

nam saltus hibernos, quorum possessio retinetur animo [1]), quamvis proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

1) In den Pandekten ist hier aus einer andern Schrift von Papinian der Satz als L. 45 eingeschaltet: „licet neque servum neque colonum ibi habeamus“, dann beginnt mit „quamvis“ die L. 46.

Digitized by Google

Die „saltus hiberni“ sind hier natürlich wie sonst nur als Beispiel vom Besitz, der ohne Vertreter „solo animo retinetur“, angeführt [1]). Somit sagt die Stelle: Besitz, den man unmittelbar solo animo hat, geht durch fremde Occupation so lange noch nicht verloren, als man keine Kenntniß von ihr hat. Nun hat man aber einen mittelbaren Besitz, von dem der Vertreter fortgegangen ist, factisch auch nur animo [2]), folglich stellt Papinian für den Verlust des Besitzes durch fremde Occupation bei Sachen, die man solo animo besitzt, den Unterschied auf, daß er beim mittelbaren Besitze auch ohne Kenntniß, beim unmittelbaren nur mit der Kenntniß eintritt.

Mit diesem Resultate stimmen alle übrigen Stellen, die die Frage betreffen, insofern überein, als

1. alle die, welche von Fortdauer des Besitzes bis zur Kenntniß sprechen, sich nur auf Fälle des unmittelbaren Besitzes beziehen [3]).

2. Die Stellen, die vom mittelbaren Besitze durch Vertreter sprechen, weichen zwar insofern ab, als einige den Verlust schon vor der Occupation, schon beim Fortgehen des Vertreters annehmen, dagegen über die Occupation hinaus bis zur Kenntniß nimmt keine hier Fortdauer des Besitzes an. Die Hauptstelle ist L. 40 §. 1 de poss. von Africanus: Sie behandelt den Tod des Vertreters und sagt:

— quo mortuo non statim dicendum, eam (possessionem) interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem

1) Quod vulgo dicitur, aestivorum hibernorumque saltuum nos possessionem animo retinere, id exempli causa dici, didici Proculum dicere. L. 1. §. 24. 25. de vi.

2) Quodsi servus vel colonus — discesserint, animo retinebo possessionem. L. 3. §. 8 de poss.

3) L. 3. §. 7. 8. L. 6. §. 1. L. 7. L. 18. §. 3. 4. L. 25. §. 2 de poss.

Digitized by Google

apisci neglexerit; (aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit,) sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

Africanus unterscheidet also Tod und Fortgang des Vertreters. Beim ersteren hört der Besitz nicht sofort auf, sondern erst mit der Vernachlässigung des Besitzes vom Herrn oder der Occupation von Dritten. Beim Fortgange, schaltet Africanus ein, „aliud existimandum ait", d. h. hier hört er nicht, wie vorher, erst mit der Vernachlässigung oder Occupation auf, sondern sofort mit dem Fortgange. Das „aliud" ist durch die Uebereinstimmung der Florentina und der Basiliken[1]) absolut gesichert. Aber selbst wenn man mit Savigny die schon den Glossatoren bekannte Conjectur „idem" annehmen wollte[2]), würde immer nur die Fortdauer bis zur Vernachlässigung oder Occupation, nicht aber die bis zur Kenntniß herauskommen. Die Aufhebung schon mit dem Fortgehen ist außerdem angedeutet in der Stelle von Pomponius[3]):

Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eandem locatorem possidere placet.

Das arg. a contrario aus dem „si non deserendae possessionis causa — possidere" ist: „si deserendae — non possidere", folglich hebt danach der bloße Fortgang den Besitz auf. Die Fortdauer trotz des Fortganges findet sich dagegen bei Proculus[4]):

Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione

1) Basil. 50, 2, 40: „ἕτερον".

2) Savigny, Besitz. S. 369—70. Mommsen, not. ad. L. 40. cit.

3) L. 31 de poss.

4) L. 31 de dolo.

Digitized by Google

decedat, possessio quidem non amittitur, sed de dolo iudicium mihi competit.

die Gleichstellung von Tod und Fortgang bei Paulus[1]):

Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem.

Zwar sagen beide nicht, wie lange der Besitz nach dem Fortgange fortdauere; wenn man indessen bedenkt, daß Africanus und Pomponius Sabinianer waren, so versteht sich von selbst, daß man bei ihrem Gegner Proculus nur den nächsten Gegensatz zu ihnen, d. h. Fortdauer des Besitzes bis zur Occupation, annehmen kann, und wenn dieses noch von Papinian ausdrücklich gesagt wird, so kann man auch bei Paulus keine weitergehende Ansicht annehmen.

Daraus ergiebt sich nun für die hier eigentlich in Frage stehende L. 12 von Justinian folgendes: Da sein Gesetz mit den Worten anfängt:

Ex libris Sabini quaestionem relatam tollentes etc.,

so sieht man, daß er damit nur den obigen Streit zwischen den Sabinianern und Proculianern dahin hat entscheiden wollen, daß nicht schon der Fortgang des Vertreters den Besitz aufhebe sondern erst die nachfolgende Occupation von Dritten. Daraus folgt aber weiter, daß, da er über die Wirkung dieser Occupation nichts sagt, er darüber auch gar nichts hat bestimmen wollen.

Man könnte nun freilich zweifeln, ob diese Papinianische Unterscheidung zwischen dem Verluste bei unmittelbarem und mittelbarem Besitze auch innerlich logisch eigentlich begründet sei; man könnte sagen: weun einmal nach dem Fortgange des Vertreters Fortdauer des Besitzes solo animo angenommen werde, so müsse der Besitz dann ebenso sein, wie wenn der

1) L. 3 §. 8 de poss.

Digitized by Google

Besitzer bei unmittelbarer eigener Detention sich temporär von der Sache entferne und darum Fortdauer solo animo angenommen wird; in beiden Fällen müsse die Occupation Dritter gleichmäßig als clandestina possessio mit dem Vertreibungsrechte des Besitzers nach erlangter Kenntniß behandelt werden. Allein zwischen beiden Fällen ist doch ein wichtiger Unterschied: der temporären Entfernung des dominus steht nur die temporäre Entfernung des Vertreters analog; bei dieser bleibt die Vermittlung des Besitzes durch den Vertreter bestehen; wenn aber der Vertreter ohne Wissen des Herrn ganz fortgeht, so ist die Vermittlung des Besitzes ganz aufgehoben, und es hatte daher seinen guten Grund, wenn die Sabinianer hier ohne weiteres sofortigen Verlust des Besitzes annahmen. Das Proculianische Princip der Fortdauer läßt sich zwar damit rechtfertigen, daß der animus des Herrn fortdauere und mit ihr auch die Möglichkeit der Reproduction der Detention, aber in wirklich natürlicher Weise doch nur so lange, als der Besitz nicht in fremde Hände gekommen ist. Das Princip der clandestina possessio und des Vertreibungsrechtes kann man nicht so einfach, wie Savigny meint, von den kurzen temporären oder ordnungsmäßigen Entfernungen auf den von den Vertretern ganz verlassenen oder veruntreuten Besitz übertragen. Wollte man es hier ebenso unbedingt annehmen, so würde es den Dritten, der bona fide den Besitz bekommt, ebenso gut umfassen wie den mala fide Occupanten. Denn die Veruntreuung vom Vertreter setzt nicht nothwendig eine Collusion des Erwerbers mit dem Vertreter voraus; dieser kann sich für den Eigenthümer ausgeben und der Dritte optima fide die Sache von ihm kaufen. Soll dann der Besitzer das Recht haben, ihn ohne weiteres mit Gewalt zu vertreiben? Und wenn nun der Besitz vor der Kenntniß des Besitzers in die dritte und vierte Hand kommt, dauert dann Besitz und Vertreibungsrecht auch gegen diese fort? Das

Digitized by Google

wäre ja gegen den ganzen Grundbegriff des Besitzes [1]). Die Römer denken sich jedenfalls unter clandestinus possessor nicht jeden, der ohne Kenntniß des Besitzers besitzt, sondern nur den malae fidei possessor. Sie sagen [2]):

Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur et ne faceret timebat;

und fügen als Gegensatz hinzu:

nec quemquam clam possidere incipere, qui — aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur.

Danach müßte man das Vertreibungsrecht jedenfalls auf den malae fidei possessor beschränken. Allein woher soll der Besitzer im Falle der Veruntreuung vom Vertreter wissen, ob der Empfänger mit dem Vertreter colludirt hat oder nicht [3])? Soll er es ihm aber erst beweisen, wo bleibt dann das Vertreibungsrecht? Die Römer denken bei dem Vertreibungsrecht immer nur an die einfachen Fälle, wo Jemand nach kurzer Abwesenheit bei der Rückkehr sein Haus oder Gut von einem andern occupirt findet, oder wo die gewohnheitsmäßig im Winter verlassenen „saltus" occupirt sind, also solche Fälle, wo sich die mala fides aus den Umständen von selber ergiebt [4]). Von dem Falle der Veruntreuung durch die Vertreter sprechen sie gar nicht.

---

1) Schon Witte hat auf diese Consequenzen aufmerksam gemacht in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. 12, 252. 283.

2) L. 6 pr. de poss.

3) Man denke sich Fälle wie einer in Berlin vorgekommen ist, wo ein Bewohner der Victoriastraße seinen Garten vor dem Frankfurter Thore vermiethet hat, beim Ausbleiben der Miethe nach vergeblichen Mahnungen endlich im nächsten Frühjahre hinfährt, und ihn nun gar nicht wiederfindet, weil auf ihm und den anstoßenden Gärten ein großes Fabrikgebäude gebaut wird.

4) „ad nundinas profectus", „a latronibus occupatum", „dum in alia parte fundi sum, alius clam intravit", „de domo processisset, mox revertens". L. 6. L. 3. §. 7. L. 18. §. 2. de poss. L. 1. §. 24 de vi.

Digitized by Google

Demnach ist das Resultat, daß Savigny's allgemeine Ausdehnung der Besitzfortdauer mit dem Vertreibungsrechte weder practisch noch theoretisch durchführbar ist, und daß die Papinianische Unterscheidung, die er ganz übersehen hat, ganz richtig gedacht und daher vollständig festzuhalten ist.

b. Das letzte von den Gesetzen, mit denen Ihering[1]) seine actio moment. poss. hat begründen wollen, ist die L. 11 C. unde vi. Ich halte diese hier für gerade eben so wenig begründet, wie in allen den andern Stellen, allein abgesehen davon muß ich ihm hier in einem Hauptpunkte Recht geben, und nehme offen meine frühere entgegengesetzte Ansicht zurück. Es ist dies nämlich das Gesetz, worin Justinian bestimmt, daß gegen den Occupator einer vacua possessio absentis das int. U. V. zulässig sein soll. Unter dieser vacua possessio habe ich früher nach Savigny[2]) einen vom Besitzer aufgegebenen, also schon vor der Occupation verlorenen, Besitz verstanden. Ich bin durch Iherings Gründe von der Unhaltbarkeit dieser Ansicht überzeugt und nehme jetzt nach den obigen Untersuchungen an, daß darunter gar nichts anderes als der von den Vertretern verlassene Besitz der Abwesenden zu verstehen ist. Das Gesetz steht in enger Verbindung mit der L. 12 C. de poss. und der Papinianischen Unterscheidung.

Danach mußte nämlich die Frage entstehen, wie denn der Besitzer, wenn sein Besitz nach dem Tode oder Fortgange seiner Vertreter von Dritten occupirt, oder von den Vertretern an Dritte veruntreut war, denselben wieder erlangen könne. Die Anwendung des interd. U. V. mußte hier unzulässig oder jedenfalls zweifelhaft erscheinen. Denn die Occupation eines solchen leeren Besitzes ist zwar immerhin eine Eigenmacht, eine vis im weiteren Sinne, aber doch kein vi deiicere, namentlich keine vis atrox. Da indessen der Besitz

1) Beiträge, S. 100—105. Besitzesschutz, S. 120—125.
2) Besitz, S. 468.

Digitized by Google

doch dadurch verloren geht, so führt die Ausschließung des interd. U. V. doch zu einem Resultate, was zu der allgemeinen Idee des Besitzesschutzes durchaus nicht paßt. Hiernach erklärt es sich, wenn Justinian in der L. 11 als Veranlassung des Gesetzes angiebt:

Quaerebatur, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia nec U. V. interdictum nec Quod vi aut clam, vel aliam quandam actionem ad reciperandam talem possessionem definiebant, violentia in oblatam possessionem minime praecedente, —

Er entscheidet die Frage bekanntlich dahin:

nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessorem uti praedonem intelligi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huius modi personas veteribus declarata sunt legibus.

Die Hauptfrage bei dem ganzen Gesetze ist natürlich, was unter der „vacua possessio absentium" zu verstehen ist? Savigny versteht darunter einfach eine vacua possessio, d. h. einen Besitz, der frei ist d. h. keinen Besitzer hat, Ihering einfach eine possessio absentis, d. h. den Besitz eines Abwesenden. Nun ist aber beides verbunden: es heißt vacua possessio absentium. Ist das identisch mit dem einen oder dem andern, oder ist es ein dritter eigener Begriff? Vacua possessio so rein objectiv ohne Erwähnung eines Subjects heißt unzweifelhaft ein Besitz ohne Besitzer, oder der besitzlose Zustand einer Sache, so in L. 4 §. 22. 28. L. 37 de usurp. Dann darf man aber nicht das Subject absentis beifügen, sonst entsteht eine contradictio in adiecto. Man könnte dabei doch nur suppliren entweder possessoris oder domini. Im ersten Falle hätte man einen Besitzer, also keine vacua

Digitized by Google

possessio in jenem Sinne, im zweiten müßte das Eigenthum feststehen, fiele also der possessorische Charakter weg. Savigny will daher unter absentis den ehemaligen Besitzer verstehen, allein das müßte doch irgendwie angedeutet sein, und mit Recht wendet Ihering ein, daß dann der Hauptgrund der Zulässigkeit des U. V. nicht in dem Mangel der violentia sondern in dem Mangel des Besitzes hätte gefunden werden müssen. Ich kann ihm zwar nicht beistimmen, wenn er in einer Besitzklage für einen ehemaligen Besitzer eine „Ungeheuerlichkeit" sieht, man kann sie bei verlorenen Mobilien sogar für ein practisches Bedürfniß halten, allein sein erster Grund ist genügend. Savigny ist zu seiner Auffassung der vacua possessio absentis nur dadurch gekommen, daß er beim Fortgange der Vertreter den Besitz nicht blos bis zur Occupation sondern bis zur Kenntniß des Herrn von derselben fortdauern läßt. Danach hat der wirkliche possessor absens das Interdict von selbst, und braucht daher kein neues Gesetz, darum mußte Savigny dieses vom abwesenden um einen Grad weiter auf den gewesenen Besitzer fortschieben. Wenn nun aber dem Abwesenden selber erst das Interdict gegeben werden mußte, so versteht sich, daß Justinian diesen nicht überspringen und statt seiner den gewesenen Besitzer bedenken konnte.

Ihering versteht unter vacua possessio absentium einfach den Besitz der Abwesenden ohne Unterschied zwischen der unmittelbaren eigenen Detention und der mittelbaren durch Vertreter. Er sagt zwar anfangs, man „möge" bei der vacua poss. abs. an den Fall denken, daß die Pächter oder Sklaven sich entfernt haben; indessen bezieht er sie später vorzugsweise auf den Fall, daß der unmittelbare Besitzer es unterläßt, einen heimlichen Occupanten zu vertreiben, und führt gegen Savigny aus, daß der Besitzer hier nach altem Recht das int. U. V. wegen der mangelnden Gewaltthat nicht

Digitized by Google

gehabt habe, sondern nur Vindication, und daß eben darum Justinian in der L. 11 für diesen Fall gesorgt habe. Nun hätte ich gar nichts dagegen, wenn man von einem abstracten Standpunkte aus zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitze keinen Unterschied machte und allgemein bei jeder Occupation einer possessio absentis das Interdict zuließe. Allein bei einer so aus den concreten Verhältnissen herausgewachsenen Rechtsbildung, wie der römischen, darf man so nicht verfahren. Da Papinian einmal sagt, daß „multum interest, per nosmet ipsos an per alios possideamus", und darauf namentlich auch die „separatio" gründet, daß beim Fortgange der Vertreter die fremde Occupation den Besitz sofort „nobis quoque ignorantibus" aufhebe, bei Abwesenheit des unmittelbaren Besitzers aber solange nicht, als der Besitzer „possessionem occupatam ignoraret", so darf man auch in den weiteren Consequenzen beide nicht schlechthin gleichstellen.

Grade weil der mittelbare Besitz mit der Occupation sofort, auch ohne Kenntniß des Besitzers, aufhört, hat dieser hier weder das Vertreibungsrecht noch das Interdict, und darum gar keinen Schutz. Der unmittelbare Besitzer dagegen hat, gerade weil er den Besitz bis zu seiner Kenntniß der Occupation behält, das Vertreibungsrecht und eventuell das Interdict, hat somit den Schutz seines Besitzes ganz in seiner Hand. Benutzt er dies nicht und vernachlässigt er die Sache, nun so ist es seine eigene Schuld, und es ist kein Grund da, ihm das Interdict gegen dessen innerste Natur zu geben. Dabei muß man sich nur das Vertreibungsrecht nicht so schreckhaft denken, wie Ihering es ausmalt, wenn er sagt, es sei „eine naive Zumuthung an die Besitzer, ihre Haut zu Markte zu tragen und mit blutigen Köpfen sich das Interdict zu verschaffen". So schlimm ist die Sache nicht. Der Begriff der deiectio scheint anfangs allerdings zum Theil sehr buchstäblich genommen zu sein, der schroffe Labeo sagt noch:

Digitized by Google

non videor vi deiectus, qui deiici non exspectavi sed profugi[1]).

Allein schon Cicero zeigt, wohin das führt, und wie verkehrt es sei, Dejection nur bei wirklichem Kampfe anzunehmen; sehr mit Recht sagt er[2]):

Videte, ne hoc statuatis, qui vivus discesserit, ei vim non esse factam; ne hoc omnibus in possessionum controversiis praescribatis, ut confligendum sibi et armis decertandum putent; nec quemadmodum in bello poena ignavis constituitur, sic in iudiciis deterior sit causa eorum, qui fugerint, quam qui ad extremum usque contenderint.

Auch Labeo selber schon hat das nicht verkannt, daß „blutige Köpfe" zur Dejection nicht wesentlich seien, und daß Cicero Recht hat, wenn er sagt[3]):

Quid? quum de possessione controversia, tu vim negabis esse factam, si caedes et occisio facta non erit?

Wenigstens erkennt Labeo unter Umständen doch auch Flucht an:

Labeo[4]) ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum.

Wenn daher Ulpian bei dieser Stelle[4]) so fortfährt:

Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere, ergo etiam eum qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum.

so kann das nicht heißen, daß Pomponius wieder blutige Köpfe verlangt hätte, sondern dies ist offenbar nur gegen die Möglichkeit der Annahme gerichtet, von der Ulpian auch in L. 3 §. 6 de vi spricht:

---

1) L. 9 pr. quod m. c.
2) Cic. pro Caecina, 16, 46.
3) Cic. pro Caec. 14, 41.
4) L. 1. §. 29 de vi.

Digitized by Google

Si quis visis armatis, qui alibi tendebant, — profugerit, non videtur deiectus, quia non hoc animo fuerunt, qui armati erant.

Nur wollte Pomponius allerdings nach L. 9 pr. quod m. c. die Flucht nicht eher erlauben, als bis die Dejicienten wenigstens schon in das Grundstück eingedrungen wären [1]), wogegen Julian auch diese allerdings bedenkliche Ausdauer erließ [2]).

Wenn nun hiernach schon bei der eigentlichen Dejection der Begriff mehr juristisch als physisch aufgefaßt wird, so ist dies noch mehr bei der Dejection durch Verhinderung der Rückkehr. Hier ist die corporalis vis immer schon von selbst in der heimlichen Occupation enthalten, und es bedarf daher nur noch, daß die Rückkehr in irgend einer Weise verhindert werde. Man darf aus dem Rechte der Vertreibung des Occupanten nicht die Folge ziehen, daß der Besitzer stets einen gewaltsamen Versuch machen und sich dabei einen blutigen Kopf holen müsse. Die Dejection liegt nicht in der Vereitelung einer gewaltsamen Vertreibung sondern in der Verhinderung der Rückkehr an sich. Die Vertreibung des Occupanten ist rechtlich überhaupt eigentlich nur eine Erhaltung des Besitzes, also eine Vertheidigung gegen den in der heimlichen Occupation liegenden Angriff. So wenig man nun bei einer Dejection verpflichtet ist, sich zu vertheidigen und den Kopf blutig schlagen zu lassen, sondern fliehen (profugere) kann und dann doch das Interdict hat, so wenig braucht man auch bei der heimlichen Occupation seine Haut zu Markte zu tragen, um das Inter-

1) „si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi".

2) L. 33. §. 2 de usurp: — „profugerit, quamvis nemo ingressus fuerit". (d. h. „noch nicht", nicht aber: „überhaupt nicht") cf. Paulus, sent. rec. 5, 6, 4: — „qui violentiae opinione comperta possessione cessit, si tamen adversarius eam ingressus sit". (d. h. nachher.)

Digitized by Google

dict zu bekommen. Die einfache Verhinderung der Rückkehr oder Verweigerung der Zulassung und Herausgabe genügt. Dies beweisen die Ausdrücke der Römer. Pomponius braucht noch die kräftigere Bezeichnung repellere[1]), die spätern sagen nur: prohibere, non admittere, ja sogar non tradere[2]). So namentlich Marcellus in der L. 12. de vi sehr bezeichnend:

— interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisse tunc videretur, cum emtori possessionem non tradidit.

Wenn es in L 3. §. 8 heißt:

si armati prohibuerunt, videri armis deiectum

so bedeutet das nicht, daß Waffen nothwendig sind, sondern nur, daß dann das alte Interdict de vi armata begründet war. Der Besitzer braucht also keineswegs eine Prügelei mit dem Occupanten zu versuchen, sondern nur irgendwie selber oder durch andere ihn zur Herausgabe aufzufordern. Unter Umständen, wo selbst das gefährlich ist, muß man aber auch davon abstehen. Wenn man bei der eigentlichen Dejection vor der Gefahr fliehen kann, so fordert die Consequenz hier, daß man auch nicht zu ihr zu gehen braucht. Die Römer berühren den Fall mehrfach[3]):

— si dominus metu conterritus noluerit accedere, —

— si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem veretur,

— si suspicemur, repelli nos posse,

Weil aber in diesen Stellen nur vom Verluste des Besitzes die Rede ist, nicht von seiner Wiedererlangung durch das Interdict, so meint Ihering, müsse man sie auf ersteres beschränken, und wer daher „den nicht immer ganz ungefährlichen und gefahrlosen" Versuch der Vertreibung scheue, ver-

1) L. 25. §. 2 de poss.
2) L. 6. §. 1 de poss. L. 1. §. 24. 28. L. 3. §. 14. L. 12. 18 de vi.
3) L. 3. §. 8. L. 7. L. 25. §. 2 de poss.

Digitized by Google

liere zwar den Besitz, aber nur animo nicht corpore, gelte also nicht als dejicirt, und habe daher das Interdict nicht, die Furcht des Besitzers könne die vis des Occupanten nicht ersetzen, und eben darum habe grade Justinian erst in der L. 11 das Interdict auf diese Fälle ausgedehnt. Aber warum soll denn hier, wo die „corporalis vis" schon vorher durch die Occupation ausgeübt ist, die den Umständen nach begründete Furcht nicht ebenso die physische Dejection ersetzen, wie bei der eigentlichen Dejection? Wenn bei dieser keine blutige Köpfe nöthig sind, warum denn bei jener? Beides steht sich doch sonst gleich, wie schon Cicero sagt[1]):

quid hoc ab illo differt? ut ille cogatur restituere, qui ingressum expulerit, ille qui ingredientem repulerit, non cogatur?

Wenn die Furcht beim expellere genügt, warum nicht beim repellere? Auch stellt die L. 25 cit. offenbar die Gewalt und die Furcht gleich, wenn sie sagt:

— usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem.

Ihering beruft sich zwar grade auf diese Stelle für seine Ansicht wegen des „animo desinamus", allein dabei übersieht er das „ita". Denn offenbar scheidet Pomponius dadurch das animo desinere wegen Furcht von dem wegen anderen Gründen aus, und stellt jenes dem wirklichen repellere gleich. Hätte er allgemein sagen wollen, man behalte den Besitz so lange, bis man zurückgetrieben werde oder den Besitz animo aufgebe, so hätte das „ita" gar keinen Sinn. Eine directe Bestätigung dafür, daß Furcht vor repellere das Interdict begründen kann, giebt Paulus in den Sent. rec. 5, 6, 6:

1) Cic. p. Caec. 14, 39.

Digitized by Google

Vi deiectus videtur et qui in via territus est, ne ad fundum accederet.

Daß die Furcht den Umständen nach durch Gefahr begründet sein muß, versteht sich von selbst. Ohne das muß der Besitzer wenigstens durch eine Aufforderung zur Räumung an den Occupanten den Versuch der Rückkehr machen. Unterläßt er auch dieses aus Nachlässigkeit oder aus Zweifel an seinem Rechte u. dgl., so kann er sich natürlich nicht als dejicirt ansehen, sondern giebt einfach seinen Besitz auf. Dann ist aber auch gar kein Grund, ihm eine Besitzklage zu geben. Ich habe folgenden Fall gehabt: Ein Stadtmagistrat hatte in einer zum Stadtgebiete gerechneten Burgruine auf einem Berge neben der Stadt die lange unbeachtete spärliche Grasnutzung verpachtet. Nach einigen Jahren klagt der Fiscus, der die Ruine als sein Eigenthum ansah aber anfangs die Sache wegen der Geringfügigkeit vernachlässigt hatte, wegen Dejection; die Stadt habe die Ruine heimlich occupirt, und sein Förster nicht gewagt, den Pächter zu vertreiben. Daß das lächerlich war, ist klar.

Demnach ist das Resultat, daß der Besitzer, der den Besitz in unmittelbarer Detention hat, wenn derselbe bei temporärer Abwesenheit von andern heimlich occupirt ist, schon nach altem Rechte stets das interd. U. V. entweder sofort hat oder sich ohne Mühe und Gefahr verschaffen kann. Daraus folgt von selbst, daß Justinian bei der Ausdehnung des Interdicts auf die Occupation einer vacua possessio absentium in der L. 11 C. unde vi diesen Fall nicht im Auge gehabt haben kann, da er ausdrücklich sagt, daß für seinen Fall durchaus keine possessorische Klage auf Wiedererlangung des Besitzes in den veteres leges gegeben sei. Eine Bestätigung dieses Resultats liegt nun aber auch schon von selbst in dem Ausdrucke vacua possessio absentium. Kurze Entfernung eines Besitzers von seiner Sache begründet noch keine vacua

Digitized by Google

possessio. Denn so lange man einen etwaigen Occupanten vertreiben darf, und dies dann nur als Erhaltung des Besitzes behandelt wird, gilt der Besitz auch trotz der Abwesenheit des Besitzers noch als besetzt, die Detention als rechtlich fortdauernd und somit die possessio nicht als vacua. Dauert die Abwesenheit lange, so daß eine Vernachlässigung des Besitzes darin liegt, so entsteht allerdings vacua possessio, dann aber nur in dem Sinne, daß der bisherige Besitz ganz aufhört.

Der Begriff der vacua possessio ist dabei etwas genauer zu bestimmen. Er kommt in einer doppelten Beziehung vor, bei der Uebergabe der vacua poss. aus Kauf und ähnlichen Geschäften, und bei der Occupation einer vacua poss. Im ersten Fall bedeutet vacua poss. nicht, daß Niemand den Besitz hat, sondern daß der Geber ihn hat und ihn daher grade durch die Uebergabe dem Empfänger zum Erwerbe frei machen kann, wie es in den Vat. fr. 249 heißt:

non aliter vacua iure dantis res erit, quam ea vel eius voluntate tradatur vel abscessu sui aedem novo domino patefecerit.

Man darf dabei also nicht an Dereliction des Besitzes und nachfolgende Occupation denken, sondern es heißt auch hier, wie bei aller Tradition:

neque ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emtorem, quam emtor adeptus non fuisset [1]).

Die Freiheit der vacua possessio bezieht sich hier nur darauf, daß kein Dritter ein Besitzrecht hat, wodurch er dem Käufer den Besitz possessorisch entziehen kann [2]).

Bei der Occupation einer vacua possessio wird dagegen darunter der wirklich freie Besitz verstanden, also eine Sache,

1) L. 18 de vi.

2) L. 2. §. 1 — L. 3. §. 1. L. 11. §. 13. de actione emti.

Digitized by Google

die in Niemandes Besitz ist, wenn auch in Jemandes Eigenthum, und an der darum ein Dritter durch Occupation wirklichen Besitz erwerben kann, so in L. 4 §. 22 und 28 de usurp.:

Si tu me vi expuleris de fundi possessione nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit, potest longo tempore capi res, — quia verum est, vi me deiectum, non tamen verum est, et vi possessum. Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse.

Ebenso in L. 37 §. 2 eod tit.:

Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit[1]).

Das eigenthümliche in den Fällen beider Stellen ist offenbar, daß man an der vacua possessio mit der Occupation sofort wirklichen Besitz erwirbt ohne Rücksicht auf die Kenntniß des ehemaligen Besitzers und ohne Vertreibungsrecht desselben. In dieser Möglichkeit des sofortigen Erwerbes liegt nun auch die Vereinigung der beiden scheinbar verschiedenen Bedeutungen von vacua possessio bei der Tradition und der Occupation. Vacua poss. ist allgemein der Besitz, der für einen neuen Erwerb offen oder frei ist, sei es weil der jetzige Besitzer ihn dazu hergiebt, oder weil die Sache zur Zeit überhaupt gar keinen Besitzer hat.

Erst hieraus erklärt sich nun auch Justinians vacua possessio absentium. Es ist ein Besitz Abwesender, der durch

1) Dieses longo tempore afuerit bildet keinen eigentlichen Gegensatz gegen die neglegentia, sondern nur einen Umstand, aus dem sie indirect entnommen werden kann. Vgl. Ihering, Beiträge S. 188, Besitzesschutz, S. 215—16.

Digitized by Google

Occupation von Dritten sofort erworben werden kann: das ist aber nur der mittelbare Besitz durch Stellvertreter, der von diesen verlassen ist. Dieser wird nach der L. 12. C. de poss. zwar zunächst animo erhalten, geht aber nach L. 44 §. 2 D. de poss. durch Occupation Dritter sofort verloren, nicht erst wenn der Herr Kenntniß davon bekommt. Der unmittelbare Besitz Abwesender kann nicht darunter verstanden sein. Denn wenn die Abwesenheit kurz ist, so wird der Besitz nicht vacua poss., weil die Occupation dann nicht sofort den Besitz giebt sondern erst mit der Kenntniß und Unthätigkeit des Besitzers, wenn sie aber lange dauert, so hebt sie den Besitz ganz auf, und dann ist der ganz aufgehobene Besitz zwar vacua poss. aber eben nicht mehr possessio absentis.

Man könnte vielleicht einwenden, diese Begriffsbestimmung sei zu speciell und spitzfindig. Allein das ist sie in der That nicht, sie schließt sich einfach dem alten Sprachgebrauche an und enthält eine natürliche Ergänzung der früheren Bestimmungen über den Besitz durch Stellvertreter bei Abwesenheit des Besitzers. Diese sind im Zusammenhange folgende:

1. wenn die Vertreter dejicirt werden, so können sie selber für den Herrn das Interdict anstellen, selbst wenn sie Sklaven sind. L. 1. C. si per vim.

2. wenn sie sterben oder fortgehen, so dauert der Besitz zunächst ruhig fort. L. 12. C. de poss.

3. wenn ein Dritter den verlassenen Besitz occupirt, so hört der Besitz des Herrn zwar sofort auf, L. 44 §. 2 de poss., allein er hat das Interdict gegen den Occupanten. L. 11 C. unde vi.

Nur Eine Frage bleibt noch übrig, nämlich ob die L. 11 auch dann anzuwenden ist, wenn der Vertreter den Besitz zwar treulos fortgiebt, aber der Empfänger ihn bona fide annimmt. Bei einfacher Occupation ist zwar der Einwand

Digitized by Google

ausdrücklich ausgeschlossen, „quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit“, weil „omnes scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere“. Auch steht der, der mala fide den Besitz annimmt, dem Occupanten, wie oben bemerkt, unzweifelhaft gleich. Allein wenn der Empfänger den Vertreter bona fide für den Eigenthümer hielt, was ja sehr gut möglich ist, fällt dieser Grund weg. Wer vom Occupanten bona fide kauft, kann nach den obigen Stellen unzweifelhaft sogar usucapiren, sollte nun wer direct bona fide kauft, als praedo mit dem interd. U. V. verklagt werden können? Ich glaube nicht, und glaube, daß dafür auch die Worte des Gesetzes entscheidend sind:

> nos, non concedentes, aliquem alienas res vel possessiones per suam autoritatem usurpare, sancimus, talem possessorem uti praedonem intilligi;

diese passen auf den bonae fidei emtor nicht, und wenn man es auch bei Justinians Gesetzen mit den einzelnen Worten nicht immer so ganz genau nehmen darf, und man namentlich hier die Bestimmung auf den malae fidei emtor unbedenklich ausdehnen muß, so ist doch die weitere Ausdehnung der Worte durch die ratio legis offenbar ausgeschlossen.

Hiermit ist die Reihe der Gesetze über die Besitzklagen von Diocletian bis zu Justinian, auf die Cujaz und Hering ihre actio momentariae possessionis gründen wollen, beendigt. Uebersieht man sie noch einmal, so sind es 5 Strafgesetze für Dejection und Selbsthülfe, 6 Gesetze über den Besitz der Abwesenden, 3 über die Competenz bei Besitzprocessen, 3 über die Beschleunigung des Verfahrens, 2 über die Aufhebung des alten Interdictverfahrens, 1 über den Urkundenbeweis beim Besitze. Von einer ausdrücklichen Veränderung namentlich Erweiterung der alten materiellen Voraussetzungen des Besitzschutzes, oder von Einführung einer materiell neuen Klage neben dem interd. U. V. ist, abgesehen vom Besitze

Digitized by Google

der Abwesenden, nirgend die Rede. Aber auch nicht einmal indirect wird bei genauer historischer Verfolgung der Gesetze ein Anhalt zu einer derartigen Annahme gegeben oder auch nur möglich gemacht. Somit könnte, wenn die einzelnen Gesetze selber keine Veränderung gebracht haben, diese nur etwa durch ihre Aufnahme in Justinians Codex und die kleinen Styl- und Redactionsveränderungen und Abkürzungen, die dabei zum Theil vorgenommen sind, stillschweigend eingeführt sein. Indessen wäre die stillschweigende Einführung einer so großen Aenderung bei Justinians Eitelkeit und seiner Prahlerei mit seinen neuen Erfindungen schon an sich sehr unwahrscheinlich, und um so mehr, da die zuletzt besprochenen Gesetze zeigen, daß Justinian sich speciell mit der Sache legislativ beschäftigt hat. Der einzige Anhalt dafür wäre, worauf sich Jhering[1]) speciell beruft, die Ueberschrift von 8, 5: „Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio". Darin soll die Ausdehnung von der Gewalt auf andere Fälle enthalten sein. Dabei scheint aber übersehen zu sein, daß die Ueberschrift ja keinenfalls allgemein vom Besitze spricht sondern nur von der possessio absentis, und daß gerade für diese durch die Trennung des kurzen Titels, der nur zwei Stellen hat, von dem allgemeinen Titel unde vi der Inhalt desselben deutlich als Singularität bezeichnet ist. Gerade für den Besitz der Abwesenden sind unzweifelhaft gewisse Veränderungen gemacht. Dies ist oben näher nachgewiesen, und dabei sind namentlich auch die beiden Stellen dieses Titels genauer erklärt[2]). Die eine ist die von Constantin, die das Klagerecht der dejicirten Vertreter des Abwesenden eingeführt hat, die andere die von Arcadius und Honorius, worin die Ungültigkeit von gerichtlichen Entscheidungen über den Besitz Abwesender ausgesprochen ist. Auf diese letzere ist also das „alio modo"

1) Beiträge, S. 88. Besitzesschutz, S. 108.
2) Oben S. 92 und S. 103.

Digitized by Google

in der Ueberschrift allein gemünzt. Daß man daraus keinen Stoff für eine allgemeine actio momentariae possessionis entnehmen kann, bedarf wohl keines weiteren Beweises.

§. 12.
Der Umfang des Interdictes.

Also die actio momentariae possessionis mag man ruhig wieder in die Vergessenheit versenken, in der sie schon lange so sicher ruhte, daß selbst der alte Gottfried Mößler in seinem Buche über die Possessorienklagen[1]), worin er doch nicht weniger als 15 recuperatorische Besitzklagen zusammen bringt, sie gar nicht einmal gekannt hat. Eine ganz andere Frage ist, ob die Mängel im Besitzesschutze, die Ihering mit der Klage hat ausfüllen wollen, in Wirklichkeit begründet sind. Er hebt vier Fälle hervor[2]), in denen das alte Recht nicht ausreichen soll: Irrthum, illegale obrigkeitliche Verfügung, Untreue der Stellvertreter und Aneignung des Besitzes Abwesender. Davon sind die beiden letzteren bereits in der bisherigen Ausführung genügend besprochen[3]). In Betreff des zweiten Falles, der illegalen obrigkeitlichen Verfügung, ist oben gezeigt, daß die dafür angeführten kaiserlichen Gesetze nichts besonderes darüber enthalten. Die weitere Ausführung aber über die modernen Verhältnisse wird passender erst unten bei der Darstellung der Spolienklage gegeben. Demnach bleibt hier nur noch der erste Fall, der des Irrthums, über. Auf diesen muß näher eingegangen werden, weil er sich auf das Princip von der heimlichen Occupation reducirt, über die durch Savigny mehrere unrichtige Ansichten aufgebracht sind.

1) System der Lehre von den Possessorien- und Interdict-Klagen. Erfurt. 1803. Es ist der dritte Theil von seinem allgemeinen Systeme der gerichtlichen Klagen in 5 Bänden. 1798—1805.

2) Beiträge, S. 92—100. Besitzesschutz, S. 112—120.

3) Oben S. 109 ff.

Digitized by Google

Unter Besitzentziehung aus Irrthum versteht Ihering[1]) den Fall, wenn Jemand nicht mit Gewalt oder Eigenmacht sondern bona fide im Irrthum die Sache eines andern in Besitz nimmt oder sonst irgendwie in Besitz bekommt. Sehr häufig kann der Fall nicht grade eintreten. Als Beispiel führt Ihering an, wenn beim Wechsel des Eigenthums durch Verkauf oder Erbgang der neue Eigenthümer aus Irrthum oder Versehen zu wenig oder zu viel in Besitz nimmt, und im ersten Fall ein Nachbar seinen Irrthum benutzt, um sich das Stück anzueignen, im zweiten der alte Besitzer den Irrthum nicht gleich merkt sondern erst später, z. B. im nächsten Frühjahr, wo er das Land bebauen will. Von diesen beiden Fällen gehört aber der erste wohl nicht hierher. Denn wenn Jemand zu wenig in Besitz nimmt und ein Dritter den Rest occupirt, so ist dies keine Entziehung seines Besitzes, er verliert keinen Besitz, den er schon hat, sondern er erwirbt nur keinen neuen. Wenn aber Ihering schon eine Besitzklage nach beendigtem Besitze für eine Ungeheuerlichkeit erklärt, um wie viel mehr eine vor begonnenem Besitze. Ueberhaupt aber würde der nicht erworbene Besitz beim alten Besitzer bleiben und folglich die eigenmächtige Occupation von den Nachbarn einfach unter die Grundsätze von der heimlichen Occupation fallen. Richtig ist der zweite Fall gedacht, und dieser ist auch in anderer Weise möglich, z. B. wenn bei einer Besitzzuweisung der Erwerber aus Irrthum ein anderes als das zugewiesene Grundstück in Besitz nimmt, wie im Falle der L. 34 pr. de poss., und es nach Aufhellung des Irrthums doch behält, oder wenn ein Pächter aus Irrthum ein Stück Land zum Pachtgute zugezogen hat, und der Verpächter es nachher, mit oder ohne Wissen, behält; ferner denke man an den oben S. 128 erzählten Fall von der Ruine.

1) Beiträge, S. 92. Besitzesschutz, S. 112.

Digitized by Google

Daß in allen diesen Fällen die Zulässigkeit einer Besitzklage nothwendig ist, wird Niemand bestreiten wollen, denn fremder Irrthum darf mir meinen Besitz ebensowenig nehmen, als fremde Gewalt. Allein wenn Ihering hier im ältern Rechte eine Besitzklage vermißt, so erwägt er nicht, daß jede irrthümliche Occupation, wenn sie nach Aufklärung des Irrthums widerrechtlich festgehalten wird, von selbst in eine unredliche event. gewaltsame übergeht. Es führt das zu der wichtigen Frage, ob die bekannten Grundsätze von der heimlichen Besitznahme auf das clam possidere in dem oben S. 119 beschriebenen Sinne, also auf mala fides, beschränkt sind, oder auch bei Irrthum und bona fides eintreten.

Das Wort „heimlich" ist zweideutig: es bedeutet ebensowohl die subjective Verheimlichung, als das objective Geheimsein. Im letztern Sinne ist für mich alles das heimlich, was mir geheim bleibt, was also ohne mein Wissen geschieht, ohne Unterschied, ob der andere es absichtlich verheimlicht oder ich es aus andern Gründen nicht erfahre. In diesem Sinne ist also heimliche Besitznahme jede, von der ich nichts weiß, mag der Occupant übrigens heimlich oder offen, mit Bewußtsein oder im Irrthum gehandelt haben; nicht seine Kenntniß und Absicht entscheiden, sondern mein Wissen oder Nichtwissen. Die Frage ist also, ob das römische Princip der Fortdauer des Besitzes bis zur Kenntniß der Occupation mit seinen weiteren Folgen nur bei der subjectiv dem Besitzer verheimlichten oder bei jeder objectiv ihm geheim gebliebenen Besitznahme anzuwenden sei, ob also, kann man weiter sagen, der Grund in dem Unrechte des Occupanten oder in dem Rechte des Besitzers liege. Savigny[1]) geht auf die Frage nicht ein, er spricht erst objectiv von Occupation in Abwesenheit des Besitzers, dann von „absichtlicher Verheimlichung",

1) Besitz, S. 348—9.

Digitized by Google

aber ohne auf die Absicht ein Gewicht zu legen und ohne den Unterschied hervorzuheben; speciell erwähnt er den Fall des Irrthums gar nicht. Die Entscheidung der Frage ist bei der Mangelhaftigkeit der Quellen nicht ohne Zweifel.

Der Ausgang jenes Satzes von der Fortdauer des Besitzes lag sicher bei der dolosen heimlichen Occupation. Die älteste Spur ist von Labeo in der viel besprochenen L. 6 und 7 de poss.:

Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit; (retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit;) verum[1]) si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam.

Daß hier nur an dolose Occupation gedacht ist, liegt schon in dem supponirten Falle, und noch bestimmter in dem Ausdrucke clam possidere, da es im pr. der Stelle erst heißt:

Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur et ne faceret timebat

und dann der Begriff des clam und furtive allgemeiner auf den Begriff der mala fides reducirt wird:

nec quemquam clam possidere incipere, qui — aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur.

In ähnlicher Weise ist nur an dolose Occupation gedacht in L. 3 §. 7. 8. de poss.:

— domum a latronibus occupatam —

L. 18 §. 3. de poss.:

---

1) Dies ist der einzig zulässige Text, da Flor. und Bas. hier übereinstimmen. Savigny (S. 352—3) ändert in „unde — intelligitur", nach dem alten Princip, daß, wenn ein Paar alte Ausgaben oder gar Handschriften von der Flor. abweichen, man freie Hand habe, sich selber den Text zurecht zu machen.

Digitized by Google

— alius quis clam animo possessoris intraverit —

L. 1 §. 24 de vi:

— si quis de domo processisset, — mox revertens prohibitus sit ingredi.

Dagegen heißt es in der Hauptstelle von Pomponius, die das Princip generell ausspricht, der L. 25 §. 2 de poss. ganz objectiv:

Quod solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut — suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem; et videtur utilius esse.

und ebenso in der L. 44 und 46 von Papinian:

saltus hibernos, quorum possessio animo retinetur, quamvis proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoret.

In beiden Stellen ist ganz objectiv nur der Ausdruck „ingressus in possessionem" gebraucht, ohne den Zusatz „clam" und ohne daß dieser sich nach der Art des Falles von selber verstände. Daß dabei an den Fall des Irrthums und der bona fides speciell mit gedacht ist und er absichtlich mit hat umfaßt werden sollen, will ich nicht bestimmt behaupten; jedenfalls ist er aber nicht ausgeschlossen, und das Princip so allgemein ausgesprochen, daß er von selber mit darunter fällt. Denn die Frage ist einfach so gestellt, was „potior" sei, die „corporalis possessio" des Ingredienten oder das „animo possidere" des bisherigen Besitzers; wenn daher diesem bis zur Kenntniß der Occupation oder bis zum repellere der Vorzug gegeben wird, so bildet die bona oder mala fides des Ingredienten gar kein Element für die Entscheidung, vielmehr beruht diese nur auf der Natur oder der günstigen Behandlung

Digitized by Google

des bestehenden Besitzes. Daraus folgt, daß die gutgläubige Besitznahme zwar nicht als clandestina possessio im Sinne der L. 6 pr. bezeichnet werden kann, aber doch in Betreff der Fortdauer des Besitzes rechtlich ebenso behandelt werden muß, und daher bei Verhinderung der Rückkehr des bisherigen Besitzers ebenso wie jene in eine widerrechtliche und gewaltsame übergeht.

Eine Bestätigung dieser Auffassung liegt darin, daß Justinian auch bei der Occupation der vacua possessio absentis keinen Unterschied zuläßt und die Berufung auf Irrthum ausdrücklich damit ausschließt:

ridiculum est dicere, quod per ignorantiam alienam rem quasi propriam occupaverit.

Nun sind zwar Fälle, wo man wirklich im Irrthum und bona fide fremdes occupirt, sehr wohl möglich, wie oben gezeigt, und es ist immer etwas auffallend, daß ein Satz, den Labeo auf den dolus des Occupanten stützt, allgemein auch für den gutgläubigen Besitzer gelten soll; indessen ist es für den Besitzer gleichgültig, ob der Occupant seines Besitzes bona oder mala fide war, er will jedenfalls, und in beiden Fällen gleichmäßig, seinen Besitz erhalten oder wiederhaben. Nimmt man das Princip der Fortdauer überhaupt einmal an, so ist es consequent und zweckmäßig, zwischen bona und mala fides keinen Unterschied zu machen.

Dieses Resultat ist äußerst wichtig. Es erklärt, warum die Römer für die Occupation aus Irrthum kein besonderes Rechtsmittel und überhaupt gar keine besondern Bestimmungen haben. Nähme man es nicht an, so würde Iherings Vorwurf, daß das frühere Recht für diesen Fall gar keinen Besitzesschutz gehabt habe, begründet sein. Sein Versuch, denselben aus L. 5. C. unde vi abzuleiten, würde darum zwar immer noch verfehlt bleiben, indessen bliebe dann der Vorwurf für das römische Recht überhaupt bestehen. Zum vollen Verständniß des Princips muß man die oben ausgeführten

Digitized by Google

Grundsätze über den Besitz durch Stellvertreter gleich hinzuziehen. Hier wird der Besitz nach dem Tode oder Fortgange der Vertreter gleichfalls solo animo erhalten, mit der Occupation von Dritten hört er aber hier sofort auf, doch begründet diese dann das interd. U. V., ohne Unterschied zwischen bona und mala fides des Occupanten. Danach ist also das Princip allgemein so zu bestimmen: Jede Occupation fremden Besitzes ohne Wissen des Besitzers begründet das interd. U. V., mag sie bona oder mala fide geschehen, beim Besitze durch Vertreter sofort, beim Besitze ohne Vertreter erst mit der Kenntniß des Besitzers und der Verhinderung seiner Rückkehr, also beim mittelbaren Besitze unmittelbar, beim unmittelbaren mittelbar.

Der Unterschied des unmittelbaren und mittelbaren Besitzes und der Grund ihrer verschiedenen Behandlung ist bereits oben ausgeführt. Die Schwierigkeit liegt dabei für die moderne Auffassung weniger in der Behandlung des letzteren als des ersteren. Der Satz, daß der vom Vertreter verlassene Besitz, sobald er in fremde Hände kommt, für den Herrn verloren geht, dieser aber dafür sofort, auch vor der Kenntniß, eine Besitzklage auf Rückgabe hat, ist für uns ein ganz natürlicher Gedanke; erkünstelt erscheint uns vielmehr das andere Princip, daß der Besitz bei der heimlichen Occupation bis zur Kenntniß fortdauere, und dann erst die Verhinderung der Rückkehr den Verlust des Besitzes und die Entstehung der recuperatorischen Klage begründe. Bei seiner Wichtigkeit für die ganze Lehre vom Besitzesschutze scheint es passend, etwas genauer als gewöhnlich geschieht, darauf einzugehen:

1. Die erste Frage ist: ist der Satz der Fortdauer des Besitzes natürlich oder singulär. Savigny[1]) hält ihn für singulär, Kierulf[2]) und Böcking[3]) sehen darin nur eine

1) Besitz, S. 348.
2) Theorie d. gem. Civilrechts. 1, 394. Note.
3) Pandekten. 1, 466. n. 5.

Digitized by Google

Consequenz des Besitzbegriffes, Windscheid[1]) sagt, er sei „zwar nicht so merkwürdig, wie Savigny glaubt, aber versteht sich doch auch nicht so von selbst, wie Kierulf und Böcking annehmen". Kierulf gründet seine Ansicht auf das Erforderniß des „in contrarium actum": bis zu dem Versuche der Vertreibung des Occupanten sei es unentschieden, ob der Besitzer seine Herrschaft über die Sache nicht noch durch die That beweisen werde. Windscheid wendet dagegen ein, dann müsse beim Mißlingen des Versuches der Verlust jedenfalls rückwärts von der Occupation an berechnet werden, weil dann die Unmöglichkeit der Herrschaft rückwärts bewiesen sei. Allein Gewalt ist immer Zufall; die Gewalt, die jetzt mißlingt, hätte früher vielleicht gelingen können, sie beweist daher immer nur für den Augenblick, wo sie geschieht. Aber gehört denn überhaupt zur Annahme des in contrarium actum immer eine eigentliche physische Probe der Unmöglichkeit? Die Römer sind bei der ersten Bildung des Satzes von ganz einfachen Fällen ausgegangen und haben ihn hier anfangs gar nicht absolut sondern den concreten factischen Umständen gemäß beurtheilt. So sagt Celsus in L. 18 §. 3. 4:

Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desiisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus simul sciero; rursus si cum magna vi ingressus sit exercitus, eam tantummodo partim, quam intravit, obtinet.

Also nur dann behält man bei begonnener Occupation den vollen Besitz, falls man den Eindringling leicht vertreiben könnte, nicht aber, wenn er gleich mit überwältigender Macht kam, doch verliert man dann nur den Theil, der occupirt wird. Denn daß man das „expulsurus" als Bedingung und nicht als Grund („falls", nicht „weil") verstehen muß, zeigt

1) Pandekten §. 156. n. 4.

Digitized by Google

der Nachsatz. In dieser Weise kann man den Satz allerdings noch als wirkliche Consequenz des Besitzbegriffes ansehen, allein man sieht leicht, daß er auf diese Weise practisch gar nicht durchführbar ist, weil die Abmessung des „facile expulsurus" natürlich meistens erst aus dem Erfolge beurtheilt werden könnte. Wenn mein Nachbar ohne mein Wissen ein Stück von meinem Gute zu seinem Bauplatze gezogen und bebaut hat, bin ich dann „facile expulsurus?" Macht es einen Unterschied, ob er ein Mann oder eine Frau ist, gesund oder krank, u. s. w.? Geht man von der partiellen Occupation zur totalen über, so sind hier die Möglichkeiten noch mannichfaltiger. Allerdings wenn man den Fall der L. 6 de poss. nimmt: ich gehe auf den Markt, finde bei der Rückkehr einen Eindringling in meinem Hause und jage ihn hinaus, so scheint die Annahme natürlich, daß mein Besitz gar nicht aufgehört hat. Allein man nehme Fälle längerer Abwesenheit, und daß der Occupant sich in Ruhe festgesetzt, den Boden cultivirt, eingefriedet, bebaut hat? Bedarf es hier immer erst noch der Faust-Probe um das „in contrarium actum", d. h. die Umwandlung der Möglichkeit in Unmöglichkeit, zu constatiren? Man sieht, es ist hier wie so oft im römischen Rechte: man ging von der Betrachtung einfacher Fälle aus, nahm dann aber das darin hervortretende natürliche Princip aus Zweckmäßigkeitsgründen allgemeiner, dehnte es über seine eigentlichen Gränzen aus, und machte so einen Satz, der nun als solcher in seiner Allgemeinheit eine Singularität bildet. Die Römer erkennen dies auch selber an, indem sie in L. 25 §. 2 de poss. bei der allgemeinen Frage, was „potior" sei, die corporalis possessio oder das animo retinere, die Entscheidung für das letztere darauf gründen, daß es „videtur utilius esse".

2. Die zweite Frage ist: folgt aus der Fortdauer des alten Besitzes, daß der Occupant nicht Besitzer wird? Sa-

Digitized by Google

vigny bejaht dies unbedingt, als unzweifelhafte logische Nothwendigkeit, weil nicht zwei zugleich solidarisch besitzen können. Allein bei so rein juristischen Sätzen muß man mit der abstracten Logik etwas vorsichtig sein. Die Folge wäre hier, daß der Occupant in seinem Besitze von jedem Dritten beliebig gestört und daraus vertrieben werden könnte. Ich kenne folgenden Fall: Der Fiscus kauft Terrain zu einem Festungsbau, der Verkäufer verzögert die Uebergabe und verreist; die Baucommission occupirt einfach das Terrain und baut die Bastion. Ist es logisch, hier zu sagen, daß der Fiscus trotz der armirten Bastion keinen Besitz bekommt, ehe nicht der Verkäufer die Sache erfährt, und daß er folglich bis dahin von jedem Dritten ungestraft gestört und vertrieben werden kann? Logisch, aber Unsinn! Das Verhältniß kann nur relativ verstanden werden, und ist auch nur so gemeint. Der clandestinus possessor hat unzweifelhaft die „corporalis possessio [1])“ und ebenso das „propositum possidendi [2])“ oder den „animus possessoris [3]).“ Somit ist er factisch unzweifelhaft wirklicher Besitzer, jedoch vitiosus possessor. Sein Verhältniß wäre daher nach dem alten Principe, ohne den späteren positiven Zusatz, in folgender Weise zu bestimmen: Zunächst gilt für ihn der Satz der L. 53. de poss.

Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet.

Er darf daher von Dritten nicht gestört und vertrieben werden, sonst hat er die Interdicte U. P. und U. V. gegen sie. Gegen den alten Besitzer aber hat er, wenn er gestört wird, das int. U. P. nicht, wegen der exc. quod clam; wird er vertrieben, so unterschied das alte Recht zwischen vis armata und vis quotidiana: bei ersterer war die exc. vitii ausgeschlossen, bei letzterer nicht, man durfte also den Ein-

1) L. 25. §. 2. de poss.
2) L. 46. de poss.
3) L. 18. §. 3. de poss.

Digitized by Google

dringling mit Gewalt hinauswerfen, nur nicht mit Waffen. Seinerseits hatte der alte Besitzer zur Wiedererlangung seines Besitzes ein besonderes interd. de clandestina possessione[1]). Das U. V. war damit nicht vereinbar, denn wenn der alte Besitz schon mit der Occupation aufhörte, so konnte die spätere Verhinderung der Rückkehr nicht als Dejection aufgefaßt werden.

Die Frage ist nun, welche Veränderung in alle diesem durch die Einführung der Annahme der Fortdauer des Besitzes bis zur Kenntniß der Occupation bewirkt ist? Wie ist es zu verstehen, wenn Ulpian in L. 6 §. 1 de poss. vom heimlichen Occupanten sagt:

videri eum clam possidere, Labeo scribit, retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit, verum si revertentem non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam.

Savigny[2]) meint hier, das „clam possidere" des Labeo werde durch das „retinet ergo" des Ulpian vollständig aufgehoben; er sagt zwar, es werde „nicht als irrig verworfen, sondern nur als modificirt angegeben", allein eine Modification, die vom alten nichts bestehen läßt, ist eben eine Aufhebung. Ich halte dies schon wegen des „ergo" für unmöglich, noch mehr aber wegen des Schlußsatzes, den sich Savigny nur durch unerlaubte Textveränderung zurecht machen kann. Der Nachsatz wird noch von dem „Labeo scribit" regiert, enthält also noch die Ansicht des Labeo, von Ulpian rührt nur der Zwischensatz „retinet ergo" her.

---

1) Savigny, §. 41, und Rudorffs Zusätze num. 156. Enthält vielleicht L. 11. C. unde vi eine Anspielung darauf? Justinian sagt, bei der Occupation einer vacua possessio absentis hätte man weder das U. V. noch das int. Quod vi aut clam zulassen wollen. Das letztre, so wie es in den Pandekten steht, paßt darauf gar nicht.

2) Besitz, S. 352—354.

Digitized by Google

Danach sagte schon Labeo, der Occupant besitze zwar anfangs clam, aber wenn er den rückkehrenden Besitzer nicht zulasse, „magis vi intelligi possidere“. Darin war von selbst enthalten, daß der heimliche Besitz dem alten Besitze gegenüber nicht als vollwirksam galt, dieser vielmehr wegen der exceptio clandestinitatis ihm gegenüber rechtlich als fortdauernd behandelt wurde. Diese Consequenz ist es, die Ulpian mit seinem „retinet ergo“ direct ausspricht, das „ergo“ ist die Consequenz des „clam“. Dabei ist der Besitz allerdings scheinbar absolut zugesprochen, und dies scheint noch bedeutungsvoller zu werden durch die Stellung der ganzen Aeußerung in dem allgemeinen Titel de possessione. Indessen stammt die Stelle aus Ulp. lib. 76 ad edictum, also dem Buche, worin (wie man aus L. 3 U. P. sieht) zuerst die zweite Hälfte der Ausführung über das U. P. stand, und dann die über das int. de superfic. und die Servituteninterdicte. Ulpian hatte also zunächst nur die Zuständigkeit der Interdicte unter den Parteien im Auge, und daher müssen seine Worte im Zusammenhange mit seinen eigenen und anderer Aeußerungen über den heimlichen Besitz restringirt werden. Wenn daher in der L. 53 de poss. die clandestina possessio ganz allgemein für wirksam gegen Dritte erklärt wird, und in L. 1 i. f. L. 2 U. P. speciell und weitläufig ausgeführt wird, daß sie das U. P. gegen Dritte begründe, so ist dies practisch durchaus festzuhalten und mit der L. 6 zu verbinden. Nur dadurch entgeht man dem sinnlosen Resultate, daß der heimliche Occupant bis zur Kenntniß des Besitzers von Dritten beliebig gestört, ja vertrieben werden könne, weil er bis dahin überhaupt noch gar nicht besitze. Savigny übergeht daher die Bedeutung, die die clandest. poss. jenen Stellen nach Dritten gegenüber hat, ganz vollständig. Was übrigens hiernach vom dolosen Occupanten gilt, muß um so mehr natürlich vom gutgläubigen gelten.

Digitized by Google

Relativ zwischen dem alten Besitzer und dem heimlichen Occupanten ist dagegen das Verhältniß durch die Annahme der Fortdauer des alten Besitzes wesentlich geändert. Der erstere hat jetzt nicht mehr blos die exc. quod clam gegen den Occupanten, sondern der heimliche Besitz gilt jetzt dem alten Besitzer gegenüber überhaupt gar nicht mehr als vorhanden. Der Occupant erwirbt den Besitz überhaupt erst, wenn er den alten Besitzer an der Rückkehr verhindert, dann aber besitzt er nicht clam sondern vi, und daher ist dann das interd. U. V. gegen ihn begründet, das interd. Quod clam dagegen ganz weggefallen. Dieses Princip umfaßt nun aber von selber auch den bona fide occupirenden. Allerdings ist bei ihm kein Uebergang von clam in vis, allein wenn er über seinen Irrthum aufgeklärt die Sache dennoch nicht herausgiebt, so ist das gerade eben so gut vis, wie bei dem, der vorher clam besaß. Man kann auch nicht sagen, er brauche ja den Behauptungen und Ansprüchen eines auftretenden angeblichen früheren Besitzers keinen Glauben zu schenken. Denn jedenfalls hebt er thatsächlich mit seiner Weigerung der Rückgabe der Sache den bis dahin rechtlich fortdauernden Besitz des andern eigenmächtig auf, und weiter ist nichts nöthig.

3. Eine besonders wichtige Frage ist das sog. Vertreibungsrecht des alten Besitzers. Es ist schon oben S. 123—8 ausgeführt, daß man den Versuch einer wirklich gewaltsamen Vertreibung nicht als Bedingung des interd. U. V. ansehen darf und sich dieses nicht durch einen blutigen Kopf zu erkaufen braucht. Eine andere Frage ist, ob man den Versuch machen darf, ob man dem Occupanten den Kopf blutig schlagen darf, um ihn wieder zu vertreiben und den Besitz wieder zu bekommen. Man findet dies Vertreibungsrecht in allen Lehrbüchern, mit mildern oder stärkeren Ausdrücken. Savigny[1])

1) Besitz. S. 349.

Digitized by Google

nennt es: „seinen Besitz mit Gewalt durchsetzen", Windscheid[1]): „den Occupanten wieder hinauswerfen", Puchta[2]): „den Occupanten wieder verdrängen", Böcking[3]): „den Occupanten austreiben", Kierulf[4]): „den Occupanten vertreiben", Rudorff[5]): „sich mit dem Occupanten messen", Vangerow[6]): „Versuch zur Wiedererlangung des Besitzes", Arndts[7]): „Versuch, den Besitz zu behaupten", Sintenis[8]): „sein Gewaltverhältniß durch die That darthun" u. s. w. Das sächsische Gesetzbuch §. 214 sagt: „sich den Besitz sofort wieder verschaffen". Allein bei keinem findet sich eine Andeutung, wie weit der Besitzer in seinen Gewaltmaßregeln gehen darf. Nur Baron[9]) sagt ausdrücklich, der Besitzer dürfe vis armata anwenden.

Das letztere war nach altem Rechte keinenfalls. Danach galt der heimliche Occupant als wirklicher Besitzer, seine Vertreibung daher als Dejection, die das U. V. für ihn begründete, und gegen dieses hatte der alte Besitzer nur bei vis quotidiana die exc. vitii, nicht aber bei vis armata, diese durfte er also nicht anwenden. Es frägt sich nun, wie dies im neuern Rechte ist, wo der Unterschied von vis quotidiana und armata aufgehoben und die exc. vitii allgemein verworfen ist, dagegen der Besitz durch die heimliche Occupation nicht mehr aufgehoben wird, sondern bis zur Kenntniß fortdauert. Es sind zwei Standpunkte möglich: a. man geht davon aus, daß, eben weil der Besitz bis zur Vertreibung fortdauert, auch

1) Pandekten §. 156 n. 4.
2) Rechtslexikon. 2, 85.
3) Pandekten §. 125 n. 5.
4) Civilrecht. S. 395. not.
5) Anm. zu Sav. S. 677.
6) Pandekten §. 207. not. 1.
7) Pandekten §. 142.
8) Civilrecht §. 45. n. 11.
9) Gesammtrechtsverhältnisse. S. 99. 106.

Digitized by Google

die Vertreibung rechtlich keine Dejection sondern nur eine Erhaltung des Besitzes bildet, und folglich rechtlich nicht als ein Angriff, sondern nur als eine Vertheidigung gegen die Entziehung, als Abwehr eines Angriffs, also als Nothwehr aufzufassen ist;

b. man kann aber auch davon ausgehen, daß factisch doch der Occupant die Sache in Händen hat, man sie ihm also erst wieder entziehen, ihn also erst aus dem factischen Besitze forttreiben muß: dann erscheint die Fortdauer des Besitzes nur als eine vom Gesetze gegen den wirklichen Sachverhalt aufgestellte Annahme, also als eine Fiction, und dann handelt es sich in Wirklichkeit nicht um Vertheidigung sondern um Wiedererlangung des Besitzes, also nicht um Nothwehr sondern um einen Angriff, der als solcher an sich unerlaubt wäre, und nur ausnahmsweise vom Gesetze erlaubt wäre.

Der Unterschied beider Standpunkte ist in seinen Folgen handgreiflich. Bei der Nothwehr ist jede Gewalt, die nöthig zur Wehr ist, erlaubt, ich darf den Angreifer, wenn ich mich nicht anders retten kann, niederstoßen, erschießen u. s. w. Darf ich das hier auch?

Bei einem ausnahmsweise erlaubten Angriffe kommt es darauf an, wie weit und bis zu welchen Mitteln die Erlaubniß geht. Man darf z. B. bei einer vertragsmäßig erlaubten Pfändung zwar die Sachen eigenmächtig hinnehmen aber keinerlei Gewalt gegen Personen und Sachen anwenden, z. B. nicht einsteigen und übersteigen[1]); beim Besitze durch Vertreter darf der erstere den letzteren, z. B. den Miether, zwar austreiben, aber „propter iustam et rationabilem causam", darf dieser sich widersetzen[2]), man darf also nicht einfach und unbedingt jede Gewalt anwenden, das Preuß. L. R. sagt noch allge-

1) L. 3 C. de pignor.
2) L. 12. de vi.

Digitized by Google

meiner[1]), man dürfe „keine Gewalt anwenden, wodurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört oder der Inhaber sonst in seinen Rechten beeinträchtigt" werde.

Wendet man dies auf die heimliche Occupation an, so sind allerdings zweifellose Consequenzen aus der Annahme der Fortdauer des Besitzes:

1) daß der Besitzer, wenn ihm die einfache reale Wiederergreifung des Besitzes factisch möglich ist, z. B. bei augenblicklicher Abwesenheit des Occupanten, er diese vornehmen darf, auch heimlich; und wenn dann der Occupant ihn etwa vertreiben will, so ist er selber wieder in seinem vollen Besitzrechte und hat daher das volle Recht der Vertheidigung und der Nothwehr gegen den Occupanten.

2) Auch Gewalt gegen die Sache anzuwenden, muß ihm hier erlaubt sein, z. B. die Thür aufzubrechen, die Fenster einzuschlagen um einzusteigen und dergl., denn wenn sein Besitz noch fortdauert, so sind dies einfache Besitzhandlungen, die ihm ebenso wie die Wiedereinnahme des Besitzes selber erlaubt sind.

Anders ist es dagegen mit der Anwendung von Gewaltmaßregeln gegen die Person des Occupanten, also der Frage, ob man ihn physisch packen und hinauswerfen, mit Waffen bedrohen und hinausjagen und nöthigenfalls auch fremde Hülfe hinzu nehmen darf. Hier tritt der Gesichtspunkt ein, daß eine solche Gewalt hier thatsächlich eben keine Vertheidigung mehr ist, sondern Angriff, und daß die öffentliche Ruhe und Ordnung dabei mit ins Spiel kommen kann. Man darf dabei nicht blos an den einfachen Fall denken, daß man bei der Rückkehr vom Markte oder einem Spaziergange im Hause einen unverschämten Eindringling findet, sondern muß auch die entfernteren und bedenklicheren Consequenzen ins Auge fassen, also z. B. an Fälle wie folgende denken:

1) I, 7, 145.

Digitized by Google

Eine Handwerkerwittwe verkauft ihr Haus, verzögert aber unter allerlei Vorwänden die Uebergabe. Der Käufer drängt, weil er seine bisherige Wohnung verlassen muß, und wie sie eines Tages in ihrem Garten vor dem Thore ist, zieht er mit Sack und Pack in das Haus ein und läßt sie auffordern, ihre Sachen abzuholen. Sie eilt aber herbei ruft unterwegs Burschen und Gesellen zu Hülfe und stürmt mit ihnen das Haus. Der Käufer wehrt sich mit seinen Gesellen, bekommt auch Hülfe, und es giebt daher eine großartige Schlägerei, die endlich durch die Polizei beendigt wird, und zwar so, daß vorläufig beide Theile im Hause bleiben dürfen. War der Angriff erlaubt? und wenn er es war, wie darf die Polizei eine von allen Juristen erlaubte Selbsthülfe beeinträchtigen? Zwischen einem Gutsbesitzer und einem Müller ist Streit über einen Teich, jeder behauptet nicht nur im Eigenthume, sondern auch im Besitze zu sein. Der Müller geht daher eines Tages hin, durchsticht den Damm nach seinem Mühlgraben, setzt ein Wehr hinein, läßt das Wasser ab, fängt die Fische und holt den Schlamm heraus. Erst am dritten Tage erfährt es der Gutsbesitzer, geht sofort mit seinen Knechten hin, erklärt den Müller, den er dort findet, für einen heimlichen Occupanten, befiehlt ihm fortzugehen und commandirt, da er sich weigert, seine Leute auf ihn. Dieser wehrt sich, bis er halb todt geschlagen von den Knechten auf den Rasen geworfen wird. Schon in diesen Fällen muß man fragen, ob solche Gewaltthätigkeiten erlaubt sind. Nun denke man sich andere Fälle, wo der Occupant bona fide ist, vielleicht, wie in dem zweiten obigen Falle, im Besitze zu sein glaubt, wenigstens längere Zeit im ruhigen Besitze bleibt, Einrichtungen gemacht hat u. s. w. Darf der Besitzer ihn stets mit Mannschaft und Waffen (vis armata) überfallen und „hinauswerfen?“

Merkwürdiger Weise ist dieses ganze Vertreibungsrecht

Digitized by Google

erst eine Erfindung von Savigny. Die ältern Juristen haben es noch nicht, sondern nehmen einstimmig den Verlust des Besitzes sofort mit dem non admittere vom Occupanten an. Sie gründeten überhaupt die Fortdauer des Besitzes, wie namentlich Donellus [1]) ausführt, nur darauf, daß es doch „multis de causis accidere potest, ut occupator revertentibus nobis cedat possessione, vel — pudore motus, vel — quod suum putabat, post a nobis admonitus desistat; postremo precibus vinci potest, aut etiam judicii metu, ne injuriam faciat“ [2]). Lauterbach sagt ähnlich grabezu, man besitze so lange, als man „vel ignorat possessionem ab alio occupatam, vel credit, clandestinum invasorem sibi venienti cessurum possessionem“.

Fragt man nach dem Quellenbeweise, so ist überhaupt nur eine einzige Stelle da, die von einem Vertreiben des Occupanten spricht, die schon oben besprochene L. 18. §. 3 de poss.:

— facile expulsurus finibus, simulatque sciero.

Die andern sprechen nur umgekehrt von der Zurückweisung des Besitzers:

— revertentes nos repellat [3])

— revertentem non admiserit [4])

— revertens prohibitus sit ingredi [5])

eine, die L. 12 de vi, sagt nur:

— emtori non tradidit, cui iussisset dominus tradi possessionem“.

In einer Hauptstelle, der L. 46 de poss., wird sogar die Rückkehr gar nicht einmal erwähnt, sondern die Fortdauer des Besitzes nur so lange angenommen:

1) Comment. iur. circ. 5, 12, 11.
2) Colleg. theor. pract. 41, 2, 42.
3) L. 25 §. 2 de poss.
4) L. 6 §. 1 de poss.
5) L. 1 §. 24. 28. L. 3 §. 8. 14. L. 12. 18 de vi.

Digitized by Google

quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoret.

Dabei muß man zwar unzweifelhaft hinzudenken, daß, wenn man nach der Kenntniß sofort den Besitz wieder ergreift, er als nicht verloren gilt; allein der Gedanke, daß man dazu Gewalt anwenden dürfe, liegt dabei offenbar nicht zu Grunde. Aber auch aus der L. 18 cit. läßt sich das Vertreibungsrecht nicht begründen. Denn die Stelle spricht nur von dem Falle:

si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit,

also einem Falle, wo die Occupation noch gar nicht vollendet ist, und das expellere daher noch eine wirkliche Vertheidigung bedeutet, die andern Stellen aber geben einen unmittelbaren Anhalt für die Zulassung von Gewaltthätigkeiten gar nicht. Sie sagen nur, daß mit dem repellere oder non admittere der Besitz verloren, dann aber eine Dejection vollzogen sei. Dabei darf man die Annahme der Dejection nicht darauf gründen, daß die zu ihrem Begriffe nöthige Gewalt erst noch besonders bei der Zurückweisung gegen den Besitzer ausgeübt werden müßte. Denn die Dejection ist hier, wo keine physische Detention sondern nur ein fingirter Besitz stattfindet, auch nicht im physischen Sinne möglich und daher nur im juristischen Sinne zu verstehen; es heißt: vi magis possidere intelligitur, vi deiectus videtur, vi deiecisse videtur, cum non tradidit. Ich nenne sie daher kurz „juristische" Dejection im Gegensatze der physischen. Die wesentlichen und allgemeinen Elemente im Begriffe der Dejection überhaupt sind:

a) die Erlangung der Detention vom Dejicienten,

b) die Aufhebung der Detention des Besitzers,

c) daß beide wider den Willen des letzteren geschehen.

Bei der unmittelbaren physischen Dejection fallen diese Elemente zusammen und begründen dadurch die Gewalt gegen die Person des Besitzers, die „vis atrox", die man für die

Digitized by Google

unmittelbare Anwendung des Interdicts auf das physische „vi deiicere" verlangte[1]). Bei dem erst durch fingirten Besitz vermittelten Falle des „deiicere videri" ist das Erforderniß der vis atrox von selbst in dem non admittere aufgegangen. Die Elemente der Dejection fallen hier auseinander: die Erlangung und Aufhebung der körperlichen Detention findet zunächst allein statt, die Negation des Willens[1]) bleibt dabei einstweilen in suspenso und wird dann ohne weitere besondere Gewalt durch das bloße non admittere u. s. w. vollzogen. Daraus folgt, daß wenn die Dejection mit dem non admittere vollendet ist, die gewaltsame Vertreibung des Occupanten nun nicht mehr als Erhaltung des Besitzes, sondern nur als neue Dejection aufgefaßt werden darf, und daher unerlaubt ist und das Interdict begründet. Dagegen kann man nicht mit Savigny, Böcking u. a. den Satz der L 3 §. 9 de vi geltend machen:

non solum resistere permissum, ne deiiceretur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deiicere, non ex intervallo sed ex continenti.

Denn damit hat keine selbständige Dejection erlaubt werden sollen sondern ist nur das Princip der natürlichen Vertheidigung in vollem Umfange anerkannt. Die Stelle sagt nichts anderes als die L. 17 eod.:

Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu reciperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intellegendus est.

Es sind dadurch nur die Wechselfälle des Kampfes in den Dejectionsbegriff mit hereingezogen. Wenn Jemand bei einem Angriffe zuerst unterliegt und weichen muß, aber den Kampf fortsetzt und nun, noch „in ipso congressu", wieder vordringt, den Angreifer wieder hinaustreibt, und schließ-

1) Vgl. darüber m. Besitz im Mittelalter. S. 71—72.

Digitized by Google

lich das Feld behauptet, so ist das alles als ein Ganzes von Angriff und Vertheidigung anzusehen, und nicht als vollendete Dejection und neue Gegen-Dejection. Das Prinzip beruht daher wesentlich auf dem Realismus eines wirklichen Kampfes, und kann auf den fingirten Besitz bei der heimlichen Occupation nicht übertragen werden. Hier hat der Detentionswechsel schon vorher vollständig stattgefunden, und nur die gesetzliche Fiction läßt den Besitz noch bis zur Willensnegation fortdauern. Wenn daher hier der Besitzer den Occupanten mit Gewalt hinaus treiben will, so ist das thatsächlich nicht die Fortsetzung eines Kampfes, der ja thatsächlich noch gar nicht stattgefunden hat, sondern einfach der Anfang eines neuen Kampfes, der nur auf Grund der fingirten Besitzesfortdauer den juristischen Schein einer Vertheidigung hat. Dabei kann man aber nicht mit Windscheid sagen, jenes Princip „ist auf den Fall ausgedehnt worden", wenn der Besitzer den Occupanten wieder hinauswirft. Denn von den Römern ist das, wie gezeigt, nirgend geschehen, von unserer früheren Theorie und Praxis auch nicht, und die juristische Logik fordert es gleichfalls nicht, da bei Singularitäten die ausdehnende Consequenz nicht zulässig ist. Dies ist aber hier besonders wichtig, weil man hier das Recht zu Gewalt und criminellen Thätlichkeiten auf eine privatrechtliche Fiction gründen will.

Nach alle diesem halte ich dafür, daß das von Savigny aufgestellte Recht der gewaltsamen Vertreibung des heimlichen Occupanten im römischen Rechte nicht begründet ist, sondern sich auf die oben ausgeführte eigenmächtige Wiederergreifung des Besitzes, so weit sie ohne Gewalt gegen die Person des Occupanten möglich ist, beschränkt.

4. Verwirft man das Vertreibungsrecht des Besitzers, so wird die Frage um so wichtiger, welche Rechtsmittel er zur Wiedererlangung des Besitzes habe. Außer Zweifel ist zunächst, daß wenn er den Versuch der Rückkehr macht, aber

Digitized by Google

zurückgewiesen wird, das als Dejection gilt und das U. V. begründet. Daß man dabei aber nicht erst einen Versuch der Vertreibung zu machen und einen blutigen Kopf zu holen braucht, ist schon ausgeführt. Es ist nichts weiter als das „non admitti" nöthig, die Dejection ist nicht physisch sondern juristisch zu verstehen. Eben darum muß auch eine bloße Aufforderung zur Herausgabe des Besitzes genügen, und ebenso ist es gleichgültig, ob man selber kommt oder einen Vertreter schickt, wie es in L. 12 de vi heißt:

nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emtorem, cui iussisset dominus tradi possionem, non admisit.

Zweifelhaft ist dagegen, ob der Besitzer auch ohne alle solche Aufforderung ein Klagerecht habe, sei es das interd. U. V. oder U. P., oder ob er wenigstens den Occupanten stören und, wenn er von ihm U. P. verklagt wird, ihm die exc. vitii entgegensetzen und damit die Sache wieder bekommen kann.

Auf den ersten Anblick ist man leicht geneigt, dem Besitzer unbedingt alle diese Rechtsmittel zuzusprechen, allein:

a. beim interd U. V. setzt die Annahme eines gewaltsamen Besitzes jedenfalls einen Gegensatz des Willens des Occupanten zu dem des alten Besitzers voraus, und dieser ist nur möglich, wenn er weiß, daß er einen fremden Besitz occupirt, und daß der alte Besitzer ihn nicht aufgeben will. Daraus folgt, daß zu der Annahme einer Gewalt in der Regel die Aufforderung vom alten Besitzer zur Räumung des Besitzes nothwendig ist, so namentlich in den Fällen von Irrthum oder wenn Jemand bona fide in der Voraussetzung der Zustimmung des Besitzers den Besitz an sich nimmt, z. B. bei einem Kaufe. Unnöthig ist die Vornahme einer besonderen Aufforderung nur dann, wenn der Occupant schon vorher ausdrücklich oder stillschweigend durch sein Benehmen erklärt, daß er den Besitz nicht räumen und den alten Be-

Digitized by Google

sitzer nöthigenfalls mit Gewalt zurückweisen werde. Darauf beziehen sich die beiden vielbesprochenen Aeußerungen[1]):

— si — timore conterritus noluerit accedere, amisisse possessionem placet,

— si nolit reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur.

Man darf sie nicht so verstehen, als ob darin ein freiwilliges Aufgeben des Besitzes also Verlust durch animus angenommen würde, wodurch dann das Interdict nicht begründet werden würde. Denn so gut man bei der eigentlichen Dejection die wirkliche Verübung der Gewaltthätigkeit nicht abzuwarten braucht, sondern vorher fliehen kann und dann doch als dejicirt gilt, so gut muß man sich auch hier von der Verübung der Gewalt fern halten können, und dann doch die rechtlichen Schutzmittel eben so haben wie dort.

Umgekehrt könnte man gegen das Erforderniß der Aufforderung bei der Annahme einer Gewalt den Einwand machen, daß doch Justinian bei der Occupation einer vacua possessio absentis die Gewaltthat für unnöthig erklärt und unmittelbar aus der Occupation als solcher das Interdict gegeben hat. Allein zwischen beiden Fällen findet die oben ausgeführte wesentliche Verschiedenheit in Betreff der Fortdauer und des Verlustes des Besitzes statt. Der mittelbare Besitz durch Vertreter hört auf, sobald nach der Entfernung der Vertreter die vacua possessio von einem Dritten occupirt wird; darum ist aber dann auch sofort das int. U. V. begründet. Der unmittelbare Besitz hört dagegen mit der Occupation noch nicht auf, sondern erst mit der Kenntniß und der Zurückweisung des Besitzers; damit ist jener Satz nicht zu vereinigen. Wenn die Occupation sofort den Besitz aufhebt, so kann sie auch sofort das Interdict begründen; wenn

1) L. 3 §. 8. L. 7 de poss.

Digitized by Google

aber der Besitz bis zur Kenntniß und Zurückweisung fortdauert, so kann auch erst dann das Interdict begründet werden, und folglich dann eben nur durch die Zurückweisung. Der Unterschied ist wohl klar und nicht zu beseitigen. Die Sache ist aber practisch wichtig. In dem oben erzählten Falle, wo die Stadt die Ruine in Besitz genommen hatte (bona fide indem sie meinte, sie hätte sie stets besessen), der Fiscus aber behauptete, sie hätte heimlich occupirt, früher sei er Besitzer gewesen, hatte der Fiscus, als er die Sache erfahren, nichts gethan, die Stadt nicht zur Räumung aufgefordert und wollte nun nach mehreren Jahren wegen Dejection klagen. Hier war der Besitz nach der Kenntniß der Occupation einfach vernachlässigt, und dies sollte nachher durch die Klage wieder gut gemacht werden. Das kann nicht zulässig sein. Ihering[1]) sagt zwar, dann müßte der Besitzer ja immer gleich, nachdem er das Sachverhältniß erfahren, Anstalten zur Erhaltung seines Besitzes machen; das sei bei seiner actio moment. poss. besser, da könne er ruhig die ganze Verjährungszeit, also nach Umständen 30 Jahre, warten. Allein das ist kein Grund. Beim Besitze, beim momentum, soll man eben nicht ruhig warten, bis der andere im Besitze warm und sicher geworden ist, zumal wenn er bona fide ist. Wer es dem alten Besitzer zu bequem macht, wird ungerecht und hart gegen den neuen! Auch muß eine juristische Consequenz festgehalten werden. Wer den Vortheil hat, seinen Besitz trotz der Occupation bis zu seiner Kenntniß als fortdauernd anzusehen, der kann sich nicht zu gleicher Zeit als durch die Occupation dejicirt ansehen, und ebenso wenig kann seine Kenntniß an sich als Dejection gelten. Allerdings könnte ein Gesetz die Fälle des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes gleichstellen, und überall einfach aus der Occupation sofort die Klage entstehen lassen.

1) Beiträge, S. 97. Besitzesschutz, S. 117.

Digitized by Google

Allein dann müßte es die ganze Idee von der Fortdauer des Besitzes bis zur Kenntniß und Zurückweisung aufgeben. Beides zusammen neben einander annehmen, ist nach juristischer Logik nicht möglich.

b. Beim interd. U. P. meint Rudorff[1]), dies müsse der Besitzer jedenfalls haben, weil, so lange er „sich mit dem Occupanten noch nicht einmal gemessen habe", er nicht als entsetzt angesehen werden könne. Allein abgesehen von der schon oben verworfenen Idee der Kraftprobe dauert ja der Besitz gar nicht bis zum „messen" fort, sondern nur bis zur Kenntniß, falls man sich dann nicht sofort den Besitz wieder verschafft. Die Anwendung des Interdicts wäre also jeden Falls nur in seiner s. g. recuperatorischen Function möglich, also nur von dem Standpunkte aus, daß der fehlerhaft entzogene Besitz relativ gegen den Entzieher noch juristisch als fortbestehend behandelt wird. Von diesem Standpunkte aus ist es auch unzweifelhaft anwendbar, wenn der Besitzer die Rückkehr versucht hat und zurückgewiesen ist, der dejicirte gilt dann dem Dejicienten gegenüber noch als Besitzer; anders ist dies aber, wenn der Besitzer gar keinen Versuch der Rückkehr, auch nicht durch eine Aufforderung, gemacht, sondern nach der Kenntniß die Sache aufgegeben oder vernachlässigt hat. Dann hat er den Besitz selber freiwillig (animo) aufgegeben, denn Vernachlässigung steht der Absicht natürlich gleich, und daher kann der Besitz des Occupanten nun nicht als fehlerhafter gelten. Zwar meinte Witte[2]), der Besitz des Occupanten bleibe stets ein heimlicher, da er als solcher angefangen habe und es nach L. 6 pr. de poss. nur auf die „origo nanciscendae possessionis" ankomme. Allein die Stelle sagt nur, daß ein offener Besitz nicht heimlich werde, wenn man ihn später zu verheimlichen suche; daß aber übrigens

1) Zusätze zu Savigny. num. 106.
2) Zeitschr. f. Civilrecht. N. F. 18, 261.

Digitized by Google

eine Veränderung in der Art des Besitzes eintreten kann, ist dadurch nicht ausgeschlossen, und wie ein heimlicher Besitz später zu einem gewaltsamen werden kann, so muß er auch zu einem rechtlichen werden können, falls der alte Besitzer später seinen Besitz selber aufgiebt. Dazu kommt aber, daß nach dem Principe der Fortdauer des alten Besitzes bis zur Kenntniß der Occupation der Occupant bis dahin dem alten Besitzer gegenüber noch gar keinen Besitz sondern nur Detention hat, und wirklichen Besitz erst dann bekommt, wenn der alte Besitzer entweder durch Zurückweisung dejicirt wird, oder selber den Begriff aufgiebt. Dann ist der Besitz des Occupanten aber entweder ein gewaltsamer oder ein vom alten Besitzer überlassener. Heimlich kann man dagegen den Besitz nicht nennen, der erst nach der Kenntniß des alten Besitzers entsteht. Nun ist aber das interd U. P. auch in seiner recuperatorischen Anwendung doch immer nur dann möglich, wenn der Gegner den Besitz fehlerhaft (iniuste) vom Kläger erlangt hat, also nicht wenn dieser selber den Besitz animo aufgegeben hat. Somit kann auch durch das U. P. der Besitz nur dann wiedererlangt werden, wenn der Besitz des Occupanten auf eine Gewalt und Dejection reducirt werden kann, also wenn der Besitzer zuvor den Versuch der Rückkehr gemacht hat oder nicht zu machen brauchte. Es wäre auch eine sonderbare Idee, die Wiedererlangung des Besitzes direct vom Standpunkte der Gewalt oder Heimlichkeit auszuschließen, sie dagegen indirect vom Standpunkte eines auch nur wegen Gewalt oder Heimlichkeit fingirten Besitzes zuzulassen. Man nehme den obigen Fall von der Burgruine. Natürlich war es dem Fiscus einerlei, ob er den Besitz durch U. V. oder U. P. wiederbekam, er berief sich auf beide. Die Frage war nur, ob er seine Vernachlässigung wieder nachholen konnte.

c. Eine dritte Art den Besitz wieder zu erlangen, wäre

Digitized by Google

noch, wenn der alte Besitzer den Occupanten in seinem Besitze störte und, wenn dieser U. P. klagte, die exc. vitii entgegensetzte. Indessen versteht sich, daß die Heimlichkeit bei der Einrede nicht anders als bei der Klage beurtheilt werden kann, und somit die Einrede hier ebenso wenig möglich ist wie die Klage. Savigny (S. 457) will sie zwar dann zulassen, wenn der Occupant das Interdict gleich nach der Occupation anstelle, so daß der Besitzer erst durch die Klage die Occupation erfahre, also noch gar keine Veranlassung zur Rückkehr in den Besitz hatte. Allein wenn der alte Besitzer erst durch die Klage die Occupation erfährt, so ist damit die Dejection von selber vollzogen, weil in der Klage von selbst die deutlichste Erklärung liegt, daß der Occupant den Besitz festhalten und den alten Besitzer nicht wieder zurückkehren lassen will. Somit ist dann keine weitere Aufforderung nöthig, sondern die Einrede der Gewalt von selbst begründet. Für die Annahme eines heimlichen Besitzes und einer Einrede daraus ist also auch hier kein Boden.

Das Resultat ist also, daß der Begriff der Heimlichkeit des Besitzes durch die Theorie von der Fortdauer des alten Besitzes bis zur Kenntniß seine selbständige practische Bedeutung ganz verloren hat, sie begründet weder Klage noch Einrede mehr, und der Besitzer kann daher seinen Besitz gegen den Occupanten nur vom Standpunkte der Gewalt aus in der bisher näher ausgeführten Weise, also in Regel nur nach vorgängigem Versuche der Rückkehr und Aufforderung zur Herausgabe, geltend machen. Zwischen bewußter und unbewußter Heimlichkeit, bona und mala fides des Occupanten, ist dabei kein Unterschied. Daß das clam in den Pandekten immer noch neben der vis angeführt ist, steht nicht entgegen, weil es seine Bedeutung für die Bemessung des Besitzes und der Gewalt immer behält.

5. Die nächste Frage betrifft das Verhältniß dritter, an

Digitized by Google

die der Besitz vom Occupanten, bevor der Besitzer die Occupation erfahren, gekommen ist; sei es mit oder ohne Successsion, bona oder mala fide. Hat er die Occupation einmal erfahren und den Besitz durch Zurückweisung oder Unthätigkeit verloren, so kann er natürlich gegen den spätern Besitzer nichts mehr machen, weil dieser ja dann den Besitz gar nicht mehr von ihm sondern von dem Occupanten bekommt. Allein wenn der Besitz vor seiner Kenntniß der Occupation in dritte Hände komimt, muß man dann nicht sagen, daß diese für ihn grade ebenso gut heimliche Besitzer sind, wie der erste Occupant, und zwar ohne Unterschied, ob sie bona oder mala fide in den Besitz kommen? Ich glaube, daß man diese Consequenz, obgleich die Römer sie nicht ausgesprochen haben[1]), nicht abweisen kann. Heimlich ist für den Besitzer jede Besitznahme, die ihm geheim bleibt, also die zweite und dritte grade so gut wie die erste. Und selbst clam im römischen Sinne, d. h. mit absichtlicher Verheimlichung, können diese grade ebenso gut sein, wie jene. Wenn man aber annimmt, daß der Besitz erst dann verloren geht, wenn man den fremden Besitz erfährt, so kann er dann auch nur an den verloren gehen, der ihn dann hat. Ebenso ist auch der Uebergang des heimlichen Besitzes in einen gewaltsamen nur bei dem jedesmaligen jetzigen heimlichen Besitzer möglich. Nur von diesem kann ich den Besitz factisch zurückfordern und wieder bekommen, nur von diesem kann ich zurückgetrieben werden, nur von diesem kann also die Gewalt und die Dejection geschehen und nur gegen diesen kann ich daher das U. V. haben. Wollte man den Besitzer auf den ersten Occupanten beschränken, so würde er gar nichts mehr haben. Denn die Sache kann er von dem, der sie nicht mehr hat, nicht mehr bekommen, eine Klage hat er aber gegen ihn auch nicht, da die heimliche

1) Doch liegt sie indirect in L. 11 §. 13 de a. e.: venditorem in re tradenta debere praestare emtori, ut in lite de possessione potior sit.

Digitized by Google

Occupation an sich keine Klage giebt, und die spätere Dejection durch Zurückweisung nicht mehr von ihm, sondern vom späteren Besitzer erfolgt. Man würde also zu einer groben Inconsequenz und einer wahrhaft schreienden Unbilligkeit kommen. Der einzige Grund gegen die Annahme ist der von Witte[1]) geltend gemachte, (Savigny ist auf die Frage gar nicht eingegangen) daß das Recht der gewaltsamen Vertreibung unmöglich gegen neue Besitzer, namentlich wenn sie bona fide sind, zugelassen werden könne. Daß man nun über einen solchen nicht mit Gewalt herfallen und ihn aus seinem bona fide erworbenen Besitzthume hinausjagen darf, versteht sich so ganz von selber, daß damit allerdings die ganze Sache erledigt sein würde, wenn dieses Vertreibungsrecht überhaupt begründet wäre und eine Consequenz der Besitzfortdauer bildete. Sobald man dieses aber überhaupt verwirft und auf die Aufforderung zur Räumung reducirt, so fällt alles bedenkliche weg. Ist der jetzige Besitzer mala fide, so kann er sich überhaupt nicht beklagen. Ist er bona fide, so muß er sich an seinen Auctor halten und hat die bekannten Ansprüche wegen Nichtüberlieferung von vacua possessio. Die Haftung für die vacua possessio betrifft grade hauptsächlich solche Fälle, wo der Verkäufer zwar die factische Detention der Sache hat und überliefert, aber der eigentliche Besitz und die Möglichkeit einer Besitzklage (potior in lite de possessione[2]) bei einem andern ist.

6. Wie ist es mit der Usucapion? Baron[3]) meint, darauf dürfe man die Fortdauer des Besitzes nicht beziehen, weil es keine Stelle gebe, die sie mit der Usucapion in Verbindung bringe. Allein das wäre kein Grund, denn die ganze Besitzlehre bildet in den Pandekten und ebenso schon früher

1) Zeitschrift für Civilrecht N. F. 18, 262—269.
2) L. 11 §. 13 de a. e. v. Vgl. S. 161 n. 1.
3) Gesammtrechtsverh. S. 97, 106.

Digitized by Google

bei Paulus, von dem die L. 6 herrührt, nur die Grundlage der Usucapion, eine ausdrückliche Beziehung jedes einzelnen Satzes auf die Usucapion ist daher nie nöthig. Wo Besitzung ist, kann auch Ersitzung sein, wenn keine besonderen Gründe dagegen sind, wie es in L. 1 §. 14 de poss. in einem Falle von besonderer Ausdehnung des Besitzes heißt:

— possideri ideoque interim etiam usucapi.

Ein Zweifelsgrund liegt nur in der Relativität des Besitzverhältnisses bei der heimlichen Occupation, insofern der Occupant Dritten gegenüber durch die Interdicte geschützt wird und nur dem alten Besitzer gegenüber nicht als Besitzer gilt. Savigny, der diese Relativität nicht annimmt, hat daher auch keinen Zweifel an der Annahme der Usucapion. Indessen würde ich mich auch so für diese entscheiden. Denn der Ausgang bei der ganzen Annahme der Fortdauer des Besitzes ist, daß wenn man nach der Kenntniß den Besitz wieder bekommt, er als nicht unterbrochen gelten soll, und dieser Satz hat überhaupt nur für die Usucapion eine praktische Bedeutung. Bestätigt wird dies dadurch, daß die eine Hauptstelle über den Satz, die L. 25 §. 2 de poss. aus Pomponius ad Qu. Mucium lib. 23 entnommen ist, und dieser im 23. und 24. Buche jener Schrift grade die Usucapion behandelt hat[1]). Wenn es daher hier heißt;

quaeritur, — an — usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, — et videtur utilius esse.

so kann sich dieses „utilius" fast nur auf die Usucapion beziehen. Daß ad causam usucapionis Besitz angenommen wird, während die factische Detention nicht da ist, und daher auch in andern Beziehungen kein Besitz angenommen wird, kommt ja auch sonst vor, so namentlich in L. 1 §. 14 de poss. bei entflohenen Sklaven:

1) Wie man aus Hommels Palingenesie (2, 323) leicht ersehen kann.

Digitized by Google

Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere Nerva ait, licet respondeatur, — a nobis eum possideri ideoque interim etiam usucapi; sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio [1]).

und ebenso gleich dahinter von verpfändeten Sklaven:

Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem, Julianus ait; ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem.

Nimmt man aber einmal die Fortdauer des Besitzes auch für die Usucapion an, so muß dies nicht nur für die Fortsetzung der Usucapion im Falle der Wiedererlangung des Besitzes nach der Kenntniß der Occupation gelten, sondern auch für die Vollendung während der Unkenntniß, und zwar auch im Fall man nachher an der Rückkehr verhindert wird, denn da keine Rückbeziehung des Verlustes auf die Zeit der Occupation angenommen ist, sondern der Verlust erst durch die Zurückweisung und die darin liegende Dejection begründet wird, so kann dadurch die inzwischen einmal vollendete Wirkung der Fortdauer des Besitzes nicht mehr aufgehoben werden.

Uebersieht man die Resultate der bisherigen Ausführungen, so ergeben sich für die Theorie des interd. U. V. folgende Hauptgrundlagen:

Die Entziehung des Besitzes geschieht auf verschiedene Weise, je nachdem der Besitzer (oder sein Vertreter) auf dem Grundstücke thatsächlich anwesend ist oder nicht. Ist er anwesend, so kann man ihm den Besitz nur dadurch entziehen, daß man ihn durch Gewalt oder Drohungen, vis atrox, von dem Grundstücke physisch forttreibt [2]). Dies ist die eigentliche

1) Das heißt nicht: trotz des vorhandenen Besitzes ist die Usucapion nur util. causa angenommen, sondern: util. causa, d. h. um die Usucapion möglich zu machen, ist der Besitz angenommen trotz der fehlenden Detention.

2) Ganz genau müßte man sagen: „ihm unmöglich macht, Besitzhandlungen vorzunehmen"; wegen L. 1 §. 47 de vi: „si non deiiciam sed vinctum opus facere cogam".

Digitized by Google

physische Dejection oder Dejection im engeren Sinne. Ist er nicht auf dem Grundstücke anwesend, so kann er auch nicht eigentlich von ihm dejicirt werden, die Besitzentziehung geschieht daher hier durch einfache Occupation des Grundstückes und Verhinderung des Besitzers an der Rückkehr. Dies ist der Dejection gleichgestellt (deiecisse videtur), doch ist wirkliche Gewaltanwendung (vis atrox) hier nicht nöthig, die bloße Verweigerung der Zulassung (non admittere) genügt. Ob die Occupation mala oder bona fide geschah, ist an sich gleichgültig, es kommt nur auf die Verhinderung der Rückkehr an. Die Occupation allein giebt aber zwar den Besitz gegen Dritte, nicht aber gegen den bisherigen Besitzer. Dessen Besitz wird vielmehr juristisch so lange als fortdauernd angesehen, bis der Besitzer die Occupation erfährt, und sich dann entweder dabei beruhigt, oder vergebens die Rückkehr versucht. Im erstern Falle verliert er den Besitz animo und hat daher keine Besitzklage, im zweiten hat er das interd. U. V. Beim Besitze durch Stellvertreter gilt dieses alles bei nur temporärer Entfernung des Vertreters ebenso, bei definitiver Entfernung oder Tod hört dagegen der Besitz des Herrn zwar nicht schon mit der Entfernung, wohl aber mit der Occupation der „vacua possessio absentis“ von einem dritten, mag sie durch Untreue des Vertreters veranlaßt sein oder nicht und bona oder mala fide geschehen, sofort auf, doch ist dann auch stets sofort das Interdict begründet. Dasselbe ist bei unbefugter Tradition der Sache vom Vertreter an einen Dritten, falls dieser dabei mala f. ist, nicht aber wenn er bona f. ist.

Der recuperatorische Besitzesschutz ist demnach bei bona fides des Gegners nicht allgemein zugelassen. Er wäre an sich in allen Fällen möglich, wo factisch eine Besitzentziehung wider den Willen des Besitzers ohne Kenntniß seines Besitzes vollzogen wird, also:

1) durch einseitige Occupation:

Digitized by Google

a. bei einfacher possessio absentis, (wozu auch der Fall einer wegen Irrthums nichtigen Tradition gehört);

b. bei vacua possessio absentis;

2) durch Tradition von einem Nichtbesitzer, nämlich:

a. von einem heimlichen Occupanten;

b. von einem unbefugten Vertreter des Besitzers.

In allen diesen Fällen findet unzweifelhaft objectiv eine Verletzung des Besitzrechtes des bisherigen Besitzers statt, nicht aber eine Verletzung seiner Person durch ein subjectives Unrecht (Delict), dieses wenigstens nur eventuell im Falle der Erkenntniß des Irrthums. Es fragt sich also auch hier, wie beim U. P., was das entscheidende ist, ob das Recht des Besitzers oder das Unrecht des Gegners? Das römische Recht hat in dem Falle 2, b keine Besitzklage ausgesprochen. Dies erscheint im Zusammenhange des ganzen Schutzsystemes für den Besitz als ein Ueberbleibsel des alten Dejectionsprincipes, was zu der sonstigen Gestaltung nicht mehr paßt. Wenn die bona fides bei der Occupation der vom Vertreter verlassenen Sache und bei der von einem heimlichen Occupanten tradirten Sache die Besitzklage nicht ausschließt, so ist kein Grund, sie bei der von einem Vertreter tradirten Sache anders zu behandeln. Da indessen die Klage für diesen Fall nirgend ausdrücklich ausgeschlossen sondern nur nicht ausdrücklich zugelassen ist, so glaube ich, daß man sie ohne weiteres als Consequenz der neuen Entwicklung für zulässig erklären muß. Sie ist allerdings die äußerste Consequenz des objectiven Princips des Besitzesschutzes, weil sie auch gegen den mit Titel und Fides erwerbenden geht. Natürlich geht sie aber nur gegen den ersten Erwerber, da durch dessen Erwerb der alte Besitz aufgehoben wird, und somit die späteren Erwerber in keiner Beziehung mehr zu dem alten Besitzer stehen.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Interdictum UTRUBI.

§. 13.

Das alte Interdict.

Eine nicht recht befriedigende Gestalt hat der Schutz des Mobiliarbesitzes im Justinianischen Rechte. Zu ihrer Beurtheilung muß man sich zunächst an die thatsächliche Verschiedenheit des Besitzes bei Mobilien und Immobilien erinnern. Der rechtliche Begriff des Besitzes an sich ist bei beiden derselbe, allein ihre physische Verschiedenheit giebt doch der praktischen Erscheinung des Besitzes, so wie der Art seiner Verletzung und darum auch seines Schutzes, bei beiden eine wesentlich verschiedene Gestalt. Bei Mobilien ist durch ihren kleineren Umfang und ihre Beweglichkeit die Detention eine viel vollständigere und ausschließlichere als bei Immobilien. Man hat das Pferd im Stalle, den Rock auf dem Leibe, die Möbeln im Zimmer, und dadurch ist hier die Möglichkeit der Einwirkung Dritter ganz anders ausgeschlossen als bei Immobilien. Eben darum ist auch ein Zweifel und ein Streit, in wessen *Detention* sie sich befinden, bei ihnen eigentlich gar nicht möglich, ein Streit über den *Besitz* daher nur in Beziehung auf den animus. Auch dieser ist hier aber viel einfacher, weil hier die heimliche Besitznahme stets sofort vollen

Digitized by Google

Besitz giebt, und damit die Schwierigkeiten, die bei den Immobilien durch die Fortdauer des alten Besitzes bis zur Kenntniß des Besitzers durch das eigenmächtige Recuperationsrecht und den relativen Besitz entstehen, hier ganz wegfallen. Daraus folgt, daß gerade die Eine Hauptanwendung des interd. U. P., nämlich die zur Entscheidung eines zweifelhaften Besitzstandes wegen beiderseitiger Vornahme einzelner Besitzhandlungen, hier eigentlich gar nicht vorkommen kann. Aber auch die andere Hauptanwendung des int. U. P., nämlich Schutz gegen Beeinträchtigungen des Besitzes durch Ausübung einzelner Besitzhandlungen und Vornahme einzelner Eingriffe in den Besitz, ist hier nicht möglich, eben weil die Detention der Mobilien gegen andere stets abgeschlossen ist, und der Gebrauch hier stets die ganze Sache umfaßt. Störungen des Besitzes sind daher hier nur entweder durch Beschädigungen der Sache oder durch Versuche, die ganze Detention der Sache zu entziehen, möglich. Zum Schutze gegen diese sind aber nicht gerade prohibitorische Besitzklagen nöthig. Schadensklagen und Selbsthülfe reichen hier aus, wie ja auch sonst ein prophylaktischer Schutz gegen die Wiederholung von Delicten weder nöthig noch üblich ist. Dagegen ist aber bei Mobilien der recupatorische Schutz wegen Entziehung des Besitzes von ungleich größerer Wichtigkeit als bei Immobilien. Die Entziehung ist hier eben der Beweglichkeit wegen ungleich leichter möglich, namentlich auch ohne Gewalt durch heimliche Wegnahme, Unterschlagung, Zulaufen von Thieren (in Rom auch Sklaven), Zuschwemmen von Sachen u. s. w. Der augenblickliche Besitzstand hat darum hier eine ungleich geringere Bedeutung als bei Immobilien, da er so leicht erlangt und verändert werden kann.

Aus diesen Rücksichten erklärt sich die ältere Behandlung des Mobiliarschutzes in Rom. Eine Klage auf Schutz gegen Störung und Beeinträchtigung, wie das interd. U. P., hatte

Digitized by Google

man gar nicht, eben so wenig eine einfache Klage wegen Entziehung, wie das int. U. V., sondern statt beider nur das interd. Utrubi, was zwar als retinendae possessionis bezeichnet wird, aber dem zusteht, der maiore parte anni besessen, also in der Wirkung meistens recuperatorisch war. Man versteht dies in der Regel so, daß das Interdict der Sache nach rein recuperatorisch gewesen sei, und nur wegen der prohibitorischen Form, „quominus ducat, vim fieri veto", als retentorisch bezeichnet sei; vielleicht sei dabei die Fiction einer Fortdauer des Besitzes zu Grunde gelegt [1]). Ich glaube nicht, daß man damit den Sinn des Interdicts richtig trifft. Die Formel lautet nicht „Ubi — fuit" sondern „Utrubi — fuit", das Interdict ist also nicht simplex, wie die recuperatorischen, sondern duplex, auch steht es nicht, wie Windscheid sagt, „auf Grund des bloß älteren Besitzes" zu, sondern nur auf Grund des älteren und zugleich relativ gerechten Besitzes, die relative exceptio vitii war auch bei ihm zulässig [2]). Danach war also die Idee: der einfache gegenwärtige oder letzte Besitzstand soll bei Mobilien nicht entscheiden, weder für Erhaltung noch Wiedererlangung, sondern weil Besitzentziehungen hier so leicht und häufig sind, soll hier stets der als Besitzer gelten und geschützt werden, der im letzten Jahre relativ am längsten besessen hat, außer wenn er seinen Besitz relativ fehlerhaft vom Gegner erlangt hat. Hierin liegen folgende einzelne Grundsätze:

1. Der relativ längere Besitz vom letzten Jahre ist die Grundlage. Die „maior pars anni" ist nicht so zu verstehen, als ob nur der das Interdict hätte, der über die Hälfte des

1) Savigny, Besitz §. 39. Windscheid Pandekten §. 159. n. 2.

2) In den Pandekten L. 1. utrubi steht sie zwar nicht, wohl aber bei Gai. 4, 150. I. 4, 15, 7. Paul. 5, 6, 1. In der Formel bei Gai. 4, 160 fehlt sie zwar auch, aber nur weil Gajus hier blos die „summa conceptio" der beiden Interdicte U. P. und Utr. angiebt.

Digitized by Google

Jahres besessen hätte, so daß also, ähnlich wie bei der possession annale des französischen Rechts[1]), eine Minimaldauer für den zu schützenden Besitz festgestellt wäre. Vielmehr ist die maior pars rein relativ zu nehmen, so daß wer zwei Monate besaß dem vorging, der nur einen Monat besessen hatte. Es ist das zwar bei Gajus nicht ausdrücklich gesagt, und das Beispiel, welches er und ebenso später Theophilus[2]) anführen, legt einen Besitz von sieben Monaten zu Grunde, allein mit Recht beziehen schon die Basilikenscholien[3]) die L. 156 de V. S.[4]) hierher:

Maiore parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius aut paucioribus diebus aut nullis possederit.

2. Ob der Kläger zur Zeit des Interdicts factisch besitzt oder nicht, ist völlig gleichgültig. Das Interdict kann seinem thatsächlichen Zwecke nach ebenso gut auf Retention als Recuperation gerichtet sein. Früher bezweifelte man das letztere[5]), heutzutage das erstere[6]). Man könnte dafür das „quominus ducat" in der Interdictsformel anführen; denn wenn dieses nur das Fortführen des Sklaven[7]) aus dem Besitze des Verklagten bedeutete, wie das abducere beim interd. de migrando[8]), so würde damit allerdings nur die Recuperation bezeichnet sein. Dann wäre aber die Bezeichnung des Interdicts als retinendae possessionis vollends unbegreiflich. Indessen ist

---

1) S. darüber m. Besitz im Mitt. S. 447—9.

2) Gai. 1, 152. Theoph. ad §. 4 de interd.

3) Bas. 60, 17, 27. sch. 2.

4) Aus Licinnius Rufinus l. VII. regularum.

5) Dagegen s. Savigny, Besitz, §. 39. S. 413 ff.

6) So Windscheid, Pandekten §. 159 n. 2.

7) Nur von diesen spricht die Interdictsformel „Utrubi hic homo" etc.

8) „quominus — inde abducere liceat, vim fieri veto." L. 1 de migrando.

Digitized by Google

der Begriff des ducere weiter als der des abducere. Es bedeutet allgemein das „ius ductionis[1])", d. h. das Recht, Jemanden mit sich zu nehmen, von wo es auch sei, namentlich aber vom Gerichte fort, so bei Kindern, Ehefrau, Schuldnern Sklaven, wenn diese durch eine in ius vocatio, manus iniectio, Exhibition oder sonst wie vor Gericht gekommen sind. Danach ist das ducat beim Utrubi auch dann möglich, wenn der gegenwärtige Besitzer selber den Sklaven ins Gericht bringt, um durch das Interdict einen Schutz gegen die Ansprüche und etwaigen Entziehungsversuche des Gegners zu erlangen.

3. Wie der Kläger den Besitz verloren und der Verklagte ihn erlangt hat, ist völlig gleichgültig. Das Interdict geht keineswegs blos, wie das U. V., gegen widerrechtliche Entziehung und gegen den, der sie verübt, sondern ganz allgemein kann der, der den längeren Jahresbesitz gehabt hat, gegen jeden, der jetzt erst seit kürzerer Zeit besitzt, klagen. Das Interdict hatte also eine außerordentlich weite Anwendung:

a) auf Seiten des Klägers war es gleichgiltig, ob ihm der Besitz, d. h. die Sache, heimlich oder gewaltsam genommen oder vom Vertreter veruntreut war, oder ob er sie verloren hatte, oder sie durch Zufall abhanden gekommen war, wie bei weggelaufenen Thieren, fortgeschwemmten Balken u. s. w., ja selbst freiwillige Weggabe ist nirgends ausgenommen;

b) auf Seiten des Verklagten ist es gleichgültig, ob er die Sache dem Kläger direct genommen, oder ob er sie besitzlos gefunden, oder die Thiere ihm zugelaufen, die Sachen zugeschwemmt sind, oder ob er sie durch Dritte bekommen, oder sie ihnen weggenommen hat u. s. w., und in allen Fällen ob er sie bona oder mala bekommen hat.

Das Interdict ging insofern über jede Besitzklage, die wir sonst kennen, selbst über die mittelalterliche Klage aus

1) L. 3 pr. §. 1 de lib. exhibendis item ducendis. XII Tabb. 3, 2. 3. Gai. 4, 21. 25. Lex Rubria, v. 45—53.

Digitized by Google

dem can. Redintegranda, noch hinaus, und war vollständig eine absolute Vindication aus dem relativen längeren Besitze. Man hat dies noch nicht genügend beachtet und doch liegt wohl nur darin die Erklärung für die spätere Umwandlung des Interdicts, wie unten näher zu besprechen ist.

4. Eine Beschränkung des Interdicts lag nur in der exceptio vitii, die hier ebenso wie beim interd. U. P. stets zulässig war. Im allgemeinen kommt auf die Erwerbsweise, sowie bona oder mala fides des Klägers, nichts an, nur gegen den, dem man die Sache selber vi clam oder precario genommen hat, kann man nicht klagen, auch wenn man den längeren Besitz hat. Der Dieb z. B. kann, wenn ihm die Sache nach 3/4 Jahren vom Bestohlenen wieder abgenommen wird, trotz des längeren Besitzes, nicht gegen ihn klagen. Ja man muß noch weiter gehen und sagen, daß selbst wenn der Dieb ein ganzes Jahr oder mehrere besessen hat, er nicht klagen kann, da eine Zeitgränze der exceptio vitii in gar keiner Weise angedeutet ist.

Zweifelhaft ist die Frage, ob die exc. vitii hier, wie beim int. U. P., wegen der Duplicität des Interdicts auch zur Verurtheilung des Klägers führen konnte. Es war das natürlich nur dann möglich, wenn er nicht nur den längern Besitz im letzten Jahre gehabt hatte, sondern auch noch gegenwärtig factisch im Besitze war und auf Schutz gegen Störung klagte. Denn wenn er nur aus dem früheren längeren Besitze klagte und factisch gegenwärtig der Verklagte im Besitze war, so konnte die Einrede natürlich nur die Abweisung zur Folge haben. Die Beantwortung der Frage hängt hier wie beim U. P. davon ab, ob das „potior“ oder „superior interdicto“ so zu verstehen ist, daß der Sieger im Interdicte stets auch potior im Besitz wird, oder ob auch schon die bloße Abweisung des Klägers als ein potiorem esse anzusehen ist. Der Erfolg würde sein, daß der, der factisch entschieden nicht maiore sondern minore parte anni besessen,

Digitized by Google

doch den Besitz bekäme. Das ist schwer mit den Worten zu vereinen, schwerer als beim U. P., wo das „uti possidetis nec vi" etc. allenfalls so verstanden werden kann: Wie ihr besitzt, oder ohne Gewalt besitzen würdet. Die Bejahung der Frage läßt sich hier wie dort nur mit der Annahme begründen, daß der vitiös Jemandem entzogene Besitz dem Entzieher gegenüber, wenigstens in Betreff der Klage, relativ noch als fortdauernd angesehen, fingirt, wird. Dann aber ist die Entscheidung hier nicht auffallender als dort. Eine besondere Bestätigung in den Quellen findet sich nicht. Ebenso wenig:

5. über die Frage, die enge damit zusammenhängt, ob der, der mit der exceptio vitii die Rückgabe der Sache erlangen kann, nicht auch auf Grund derselben klageweise gegen den Gegner auftreten kann. Natürlich ist dabei nur an den Fall zu denken, wenn der Entzieher die Sache bereits länger besitzt, als der alte Besitzer, denn besitzt er erst kürzere Zeit, so hat der alte Besitzer das Interdict von selber aus seinem längeren Besitze. Die Antwort beruht hier auf denselben Voraussetzungen wie beim U. P. Gilt der vitiös entzogene Besitz dem Entzieher gegenüber als fortdauernd, so kann auch der 2monatliche Besitzer gegen den 10monatlichen klagen, wenn dieser ihm die Sache vitiös entzogen hat. Bestätigung in den Quellen ist hier so wenig wie bei der obigen Frage.

6. Eine besondere Verjährung existirt für das Interdict im alten Rechte nicht, doch war sie in der Beschränkung des Interdicts auf den längeren Besitz vom letzten Jahre von selber enthalten. Nur bei dem relativen Verhältnisse dessen, dem der Besitz vitiös entzogen, zu dem Entzieher würde sich gar keine Verjährung ergeben.

§. 14.

Die Umwandlung des Interdictes.

Das Interdict enthielt in seiner alten Gestalt offenbar eine ganz zweckmäßige Verbindung des recuperatorischen und ne-

Digitized by Google

gatorischen Schutzes. Allerdings ging es in gewissen Beziehungen, wie oben. S. 171 gezeigt ist, sehr weit, namentlich Dritten gegenüber. Indessen wurde dies durch die eigenthümliche Zeitbestimmung und die darin liegende sehr kurze Verjährung doch sehr gemildert. Man muß sich daher wundern, daß es später mit dem int. U. P., dessen Princip hier eigentlich gar nicht recht paßt, ganz gleich gestellt ist, so vollständig, daß lediglich der Standpunkt des Schutzes gegen Störung zu Grunde gelegt ist, indem es in der L. 1. utrubi ausdrücklich heißt: „dum super hoc ab adversario inquietatur". Was kann der Grund dieser Aenderung gewesen sein? Die ganze Aenderung hat etwas räthselhaftes. Sie ist in den Pandekten scheinbar schon von Ulpian ausgesprochen. Indessen stammt sie jedenfalls erst aus späterer Zeit und ist dem Ulpian nur durch Interpolation in den Mund gelegt, denn das alte Interdict findet sich nicht nur noch bei Paulus[1]) sondern auch noch in einem Gesetze von Diocletian[2]). Im Cod. Theod. enthält zwar die einzige Stelle des Titels Utrubi (4, 24) keine Beziehung auf die alte maior pars anni, indessen müssen die Verfasser des Breviarium im J. 506 bei ihrer Aufnahme der Stelle von Paulus doch das alte Recht noch als gültig angesehen haben. Danach käme man direct auf Justinians Zeit; indessen ist es doch auch nicht wahrscheinlich, daß Justinian selber erst, wie Savigny[3]) annimmt, die Aenderung gemacht habe. Sie ist zu tiefgreifend als daß er sie einfach seiner Commission zur Interpolation überlassen haben sollte, und ein besonderes Gesetz ist darüber nicht da. Sie muß daher schon vorher in der Praxis üblich gewesen sein. Darauf deuten auch die Ausdrücke in den Pandekten:

1) Sentent. rec. 5, 6, 1.
2) Vat. fr. 293.
3) Besitz, S. 412.

Digitized by Google

sed optinuit, vim eius exaequatam fuisse U. P. interdicto.

in den Institutionen:

— hodie tamen aliter observatur, nam utriusque interdicti potestas exaequata est;

bei Theophilus:

ταῦτα μὲν τὸ παλαιόν· σήμερον δὲ ἑτέρως τᾶντα παραφυλάττεται, ὀυδεμιᾶς διαφορᾶς τῶν ἰντερδί κτων φυλαττομένης;

Bei einer wirklichen neuen Anordnung Justinians hätte man so nicht sprechen können.

Mag die Aenderung nun aber entstanden sein, wann und wie sie will, die Hauptfrage bleibt, warum sie gemacht ist. Leider fehlt darüber alle und jede Andeutung vollständig. Man ist ganz auf Vermuthungen beschränkt. Ich kann mir keinen andern Grund denken, als die große Ausdehnung, die das Interdict nach der obigen Ausführung sowohl in Betreff der Art des Verlustes des Besitzes beim Kläger, als der Art seines Erwerbes beim Verklagten hatte. Dadurch wurde seine Zulassung gegen dritte, selbst gutgläubige, Besitzer in großem Umfange begründet, und es bekam dadurch geradezu eine Art dinglichen Character, der zu der ganzen römischen Auffassung des Besitzes in der Behandlung der übrigen Besitzklagen nicht eigentlich paßte.

Wollte man dies vermeiden, so mußte man das absolute Vorrecht der maior pars anni beseitigen und das Interdict auf den relativen Vorzug des frühern Besitzers gegen den ungerechten neuen beschränken. Man konnte dabei im wesentlichen den Standpunkt des alten Interdicts, nämlich die recuperatorische Wirkung neben der retentorischen Form beibehalten, sofern man nur die Vermittelung durch durch die exc. vitii und die Idee der relativen Fortdauer des entzogenen Besitzes zu Grunde legte. Dadurch traf man

Digitized by Google

im Resulate mit dem U. P. zusammen. Dieses war von der reinen Retention ausgegangen, war aber durch die exc. vitii zur recuperatorischen Anwendung gekommen. Beim Utrubi war umgekehrt die Recuperation früher die Hauptsache gewesen, diese jedoch in retentorischer Form durchgeführt. Danach war es gerechtfertigt, jetzt beide zu vereinigen, d. h. das Utrubi dem U. P. gleich zu stellen.

Wollte man diese Ausgleichnng so auffassen, daß die Möglichkeit der Recuperation durch das Interdict ganz aufgegeben und nur der Standpunkt der reinen Retention und und des Schutzes gegen Störung eingenommen sei, so würde dies zu einem wirklich unsinnigen Resultate führen; dann wäre grade für den Hauptfall des Besitzschutzes bei Mobilien, nämlich den der Entziehung des Besitzes, gar kein Schutz, wohl aber für den hier fast bedeutungslosen Fall der Störung. Allerdings scheint der Wortlaut der Quellen dahin zu führen, so wenn es in den Pandekten[1]) heißt:

— ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi n. cl. n. pr., dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet[2]);

und in den Institutionen[3]):

ut ille vincat, qui possessionem litis contestationis tempore detinet.

Indessen ist damit für das interd. Utrubi nichts anderes gesagt, wie für das U. P., und wenn man daher bei diesem die recuperatorische Anwendung gegen den iniustus possessor zuläßt, so muß man es auch hier[4]). Die Ver-

1) L. un. Utrubi.

2) Dies ist byzantinisches Latein. Eine Scholie zu Bas. 60, 17, 27 sagt deutlicher: *ὅστις ἐνέμετο τὸ πρᾶγμα, ἕως ὅτε ὠχλήθη παρὰ τοῦ ἀντιδίκου.*

3) §. 4. I. de interdictis.

4) So Vangerow, Pandekten §. 690 Anm. 2 a. E. Arndts, Pandekten §. 172 n. 2. Rudorff zu Savignys Besitz. nro. 137.

Digitized by Google

schiedenheit, die in der Behandlung der heimlichen Occupation bei Mobilien und Immobilien stattfindet, hat hierauf keinen Einfluß, da es sich hier nur um die formell processualische Behandlung der Interdicte handelt.

Nimmt man diese recuperatorische Anwendung des Interdicts nicht an, so hat man eine klaffende Lücke im römischen Rechte, die um so auffallender und unerklärlicher ist, weil die Aufhebung des alten Utrubi nicht durch Justinian sondern, wie oben gezeigt ist, schon vorher durch die Praxis geschehen ist. Dem Kaiser und seinen Räthen könnte man schon ein ziemliches Theil Unbedachtsamkeit in ihrem Streben nach Ausgleichung von älteren Unterschieden zutrauen, obgleich diese doch hier die verzeihlichen Gränzen ganz besonders weit überschritten hätte. Allein daß die Praxis den althergebrachten recuperatorischen Schutz des Mobiliarbesitzes durch das alte Utrubi ohne allen äußeren Zwang aufgegeben und auf den werthlosen Schutz gegen Störung beschränkt hätte, läßt sich in gar keiner Weise annehmen.

Einfacher wäre es freilich, wenn man annehmen könnte, daß direct eine recuperatorische Besitzklage für die Mobilien wie für die Immobilien eingeführt wäre. Dies ist denn auch die Ansicht von Savigny[1]), indem er meint, daß das interd. U. V. durch das Gesetz von Valentinian über die Selbsthülfe[2]) auf die Mobilien ausgedehnt sei. Damit würde aber gerade für den Fall, der bei Mobilien der wichtigste ist, nämlich die heimliche Wegnahme, gar nichts gewonnen sein, da die Fortdauer des Besitzes bis zur Kenntniß des alten Besitzers, die die Anwendung des U. V. bei der heimlichen Occupation von Immobilien vermittelte, bei den Mobilien nicht angenommen ist. Ueberdies ist aber die ganze Idee der Ausdehnung unhaltbar, wie ich schon früher ausgeführt

1) Besitz, S. 437—442.

2) L. 7. C. unde vi. Im Theod. Cod. L. 3 unde vi.

Digitized by Google

habe[1]). Valentinian selber hatte zu einer solchen Ausdehnung noch nicht die mindeste Veranlassung, da zu seiner Zeit das interd. Utrubi noch in der alten Gestalt existirte. Aus demselben Grunde beweist auch beim Theodosischen Codex die Aufnahme des Gesetzes in den Titel Unde vi nichts. Bei Justinian wäre die Annahme eher möglich, allein in den Pandekten heißt es in L. 1. §. 6 de vi noch ausdrücklich:

Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere, nam ex causa furti etc.

Diese Stelle hätte man nicht aufnehmen können, wenn man die Stellung des Valentinianischen Gesetzes im Titel Unde vi, die im Justinianischen Codex nur aus dem Theodosianischen beibehalten wurde, als eine Ausdehnung des Interdicts auf die Mobilien aufgefaßt hätte. So schreiende Widersprüche haben sich die Compilatoren nicht zu Schulden kommen lassen. Wenigstens in den Institutionen, wo das Gesetz zweimal angeführt ist[2]) und zwar das zweite Mal in Verbindung mit dem interd. U. V., hätte eine Andeutung über die Ausdehnung des letzteren gegeben sein müssen.

In anderer Weise begründet Ihering[3]) die Ausdehnung des U. V. auf die Mobilien nämlich durch Vermittelung seiner actio momentariae possessionis: diese habe die Recuperation von der Gewalt auf andere Fälle von Besitzentziehung ausgedehnt, und dabei dann nicht mehr zwischen Mobilien und Immobilien unterschieden, wie die Ausdrücke

1) Besitz im Mitt. S. 74—76. Rudorff hat sich zwar sehr scharf dagegen erklärt, (Zus. zu Savigny num. 152) allein ohne Gründe. Mir beigestimmt haben Vangerow, Pand. §. 690 Anm. 2. Arndts, Pand. §. 174. n. 5. Windscheid, Pand. §. 160. n. 4. Ihering, Beiträge, S. 116. Besitzesschutz, S. 136.

2) §. 1. I. vi bon. rapt. §. 6 I. de interd,

3) Beiträge, S. 116—22. Besitzesschutz, S. 136—142.

Digitized by Google

der betreffenden Gesetze zeigten. Daß diese Gesetze in den Ausdrücken zum Theil sehr unbestimmt und allgemein sind, ist unzweifelhaft, allein wenn die ganze actio moment. poss. nach den oben gegebenen Ausführungen nicht begründet ist, so fällt damit ihre Anwendung auf die Mobilien von selbst weg, und eine unmittelbare Ausdehnung des U. V. läßt sich aus den ungenauen Ausdrücken der Gesetze jener Zeit nicht entnehmen.

Daß in gewisser Weise die condictio possessionis einen recuperatorischen Schutz für Mobilien vermittelt, habe ich schon früher ausgeführt[1]), und wird unten im fünften Abschnitte bei der condictio possessionis genauer bestimmt werden.

Der Schutz des Mobiliarbesitzes erscheint hiernach im römischen Rechte wie bereits im Anfange dieses Abschnittes bemerkt wurde, in der That in keiner ganz befriedigenden Gestalt und nicht so abgerundet wie der Besitzesschutz bei den Immobilien. Für das heutige Recht ist dieser Mangel und überhaupt der ganze Unterschied indessen jedenfalls vollständig beseitigt, dadurch, daß in der Spolienklage der Schutz für beide in ganz gleichem Umfange durchgeführt ist. Die Ausführung darüber wird unten im siebenten Abschnitte gegeben werden.

1) Besitz im Mitt. S. 27—37. 76.

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.

Interdictum QUOD PRECARIO.

§. 14.

Nicht possessorisch.

Die räthselhafte Natur des Precarium ist schon längst und namentlich von Savigny[1]) hervorgehoben. Sie ist so, daß man sich die Entstehung desselben nur durch Vermuthungen einigermaßen zurecht legen kann. Die von Savigny aufgestellte Ableitung aus einer Art Lehensverhältniß zwischen den Patriciern und den alten Clienten hat gewiß vieles für sich, allein von einem auch nur einiger Maßen sicheren Beweise kann dabei doch keine Rede sein. Für die spätere praktische Gestaltung ist sie jedenfalls ohne allen Einfluß. Sieht man daher davon ganz ab und nimmt nur die spätere Gestalt, wie sie sich im Justinianischen Rechte findet, so ist das Princip: wer eine Sache, bewegliche oder unbewegliche, einem andern precario giebt, überträgt damit in der Regel, wenn er nicht das Gegentheil ausmacht, den (abgeleiteten) Besitz auf den Empfänger; dieser hat dann das U. V. oder Utr. gegen alle Dritte, nicht aber gegen den Geber selber wegen der exc. vitii; dagegen hat er das U. V. auch gegen den Geber selbst, da hier die exc. vitii nicht gilt. Mit Gewalt darf also der

1) Besitz, §. 42. S. 463—465.

Digitized by Google

Geber die Sache nicht zurücknehmen [1]), dagegen muß sie ihm auf sein Verlangen jederzeit sofort zurückgegeben werden, sonst kann er das interd. Quod precario anstellen, auf Rückgabe der Sache und eventuell, jedoch nur bei dolus und culpa lata, auch auf Schadenersatz. Zur Begründung des Interdicts gehört nach Windscheids [2]) Annahme nur der frühere Besitz und die jetzige Vorenthaltung, auf das contractliche Verhältniß brauche sich der Kläger dagegen nicht zu berufen.

Danach wäre die Klage eine eigentlich und rein possessorische. Allein wie soll man sich das praktisch durchgeführt denken? Die Interdictsformel lautet:

Quod precario ab illo habes, — id illi restituas. [3])

Danach bildet das precario habere, d. h. das Haben der Sache als precarium, also auch das Geben und Empfangen des precarium, die wesentliche Grundlage der Klage, muß also behauptet und bewiesen werden, da ja ohne das von einer Vorenthaltung keine Rede sein kann. Dagegen ist der frühere Besitz in der Formel nicht genannt. Man kann nun zwar factisch nichts geben, was man nicht factisch hat. Allein der Beweis des eigentlichen juristischen Besitzes geht doch darüber noch weit hinaus. Man wird ihn daher vom Kläger nicht fordern dürfen. Es wäre eine unerhörte Beschränkung, wenn der Empfänger die Rückgabe verweigern könnte, weil Kläger nicht beweisen könne, daß er eigentlicher Besitzer gewesen sei. Was Jemand gestandener oder erwiesener Maßen als precarium empfangen, muß er unbedingt zurückgeben, er kann sich nicht dahinter flüchten, Kläger sei nicht Besitzer sondern nur Detentor gewesen, habe also eigentlich gar kein rechtes precarium geben können.

1) Nach Justinianischem Rechte; denn Paulus (sent. 5, 6, 7) sagt noch: Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deiicitur.

2) Pandekten §. 160. n. 17.

3) L. 2 pr. de precario.

Digitized by Google

Man kann auch nicht sagen, in solchem Falle müsse eben der eigentliche Besitzer klagen, wie bei der Dejection von Vertretern; das wäre allerdings richtig, wenn der Detentor als Vertreter des Besitzers das precarium gegeben hätte, wenn er es aber auf seinen eigenen Namen gegeben hatte, so kann auch nur er und kein anderer klagen, schon weil die Formel ganz persönlich lautet:

Quod precario ab illo habes, illi restituas.

wozu Ulpian[1]) richtig bemerkt:

— haec verba „ab illo" ostendunt, ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cuius res est.

Es ist auch in dem ganzen Titel nicht die geringste Andeutung, daß der Besitz wesentliche Voraussetzung des precarium sei. Dazu kommt, daß das precarium bekanntlich auch auf die bloße Detention, das in possessione esse oder morari, beschränkt werden kann[2]), und unzweifelhaft doch auch in diesen Fällen das Interdict angestellt werden kann. Hier ist der Beweis des Besitzes keinenfalls nöthig, und doch giebt es für beide Fälle nur Eine Interdictsformel. In beiden Fällen handelt es sich einfach um die factische Rückgabe der geliehenen Sache und dafür sind die Fragen nach dem juristischen Besitze vollständig gleichgültig.

Aber, wird man fragen, wo bleibt dann der possessorische Charakter des Interdicts? Wenn es keinen Besitz und seinen Beweis voraussetzt, wohl aber den Beweis der precären Hingabe, aber auch nur diesen, und ebensogut vom Detentor als vom Besitzer angestellt werden kann, wie kann man es dann als possessorisch bezeichnen?

Die Antwort ist, daß es eben unrichtig ist, es zu thun[3]), und daß es auch vor Savigny Niemandem eingefallen ist,

1) L. 8 pr. de precario.

2) L. 6 §. 2. L. 21 de precar. L. 10 §. 1 de poss.

3) Ich habe die possessorische Natur des interd. de precario schon früher verworfen, (Besitz i. M. S. 62) und hatte auch die nachfolgende

Digitized by Google

es zu thun, weder den Römern noch „den Neueren". Im prätorischen Edicte war das interd. Q. P. von den U. V. ganz getrennt. Ebenso ist es in Pandekten und Codex; und nirgend wo die possessorischen Interdicte namentlich die recuperatorischen aufgeführt werden, wird das int. Q. P. mit genannt, so in sämmtlichen Institutionenwerken, von Gajus[1]), Ulpian[2]), Justinian[3]), Theophilus[4]), so in den Sententiae von Paulus[5]), so in den Pandekten im allgemeinen Interdictentitel[6]). Ebensowenig ist auch bei uns früher das int. Q. P. mit den possessorischen recuperatorischen zusammengestellt, weder von Donellus, noch Menochi, noch Mößler, noch Thibaut. In der That gehört es auch schon aus dem Grunde nicht dahin, weil es gar nicht unter das Grundprincip aller Besitzklagen, Verletzung des Besitzes wider den Willen des Besitzers, fällt. Der Besitzer giebt den Besitz freiwillig her, die Verweigerung der Rückgabe verletzt daher nicht seinen Besitz sondern nur die übernommene Pflicht der Rückgabe. Daß diese anfangs noch keine civile Obligation mit Klage begründete, macht das Interdict nicht schon zu einem possessorischen, denn die Interdicte waren eben auch eine Form, in der Obligationen wirksam gemacht werden und rechtlichen Schutz bekommen konnten, wie z. B. auch bei den exhibitorischen und restitutorischen.

Aus der obligatorischen Natur des interd. Q. P. erklärt sich denn auch, warum hier die exc. vitii nicht zugelassen ist,

---

Ausführung bereits geschrieben, als ich in Iherings zweiter Auflage (S. 97—101) sah, daß er dieselbe Ansicht und auch ziemlich mit denselben Gründen vertheidigt.

1) Gai. 4, 143. 154.
2) Ulp. inst. ed. Endlicher, fr. 4.
3) §. 6 I. de interd.
4) Par. ad §. 6 I. de interd.
5) Sent. 5, 6, 9—13.
6) L. 2 §. 3 de interd.

Digitized by Google

wohl aber die exc. dominii[1]), was ja dem possessorischen Charakter vollständig widerspricht.

Savigny ist zu der ganzen Idee von der possessorischen Natur des Interdicts überhaupt wohl nur gekommen durch die Verbindung des vi clam precario bei den Einreden gegen die Interdicte; wenn diese drei Verhältnisse possessorische Einreden begründen, so scheint es müssen sie auch possessorische Klagen begründen. Allein der Schluß von Einrede auf Klage ist schon überhaupt nicht richtig und paßt hier gar nicht, wo die drei Begriffe vi clam precario keine volle Analogie bieten, da die beiden ersten einseitige Widerrechtlichkeiten enthalten, die dritte auf einer zweiseitigen Verabredung beruht. Die einzig mögliche Begründung einer possessorischen Klage aus dem precarium, die aber Savigny nicht anerkennt, wäre die aus der relativen Fortdauer der possessio iusta gegen die iniusta. Die precaria possessio gilt als iniusta, wie die violenta. Insofern begründet das precarium nicht nur, wie die vis, die exc. vitii gegen das U. P. sondern kann ebenso auch die recuperatorische Anwendung des U. P., rechtfertigen, wie denn Vangerow[2]) diese auch ganz unbedingt annimmt. Man klagt dann eben nicht aus dem precarium, sondern aus dem trotz des precarium relativ fortdauernden Besitze. Die Klage müßte dann einfach auf den Besitz gestützt werden, der Verklagte würde seinen factischen Besitz entgegensetzen, und der Kläger diesen durch die exceptio vitii, i. e. precarii, entkräften. Praktischen Werth hat ein so construirtes interd. U. P. natürlich neben dem einfachen interd. Q. P. nicht.

1) L. 2 pr. L. 4 §. 3. L. 6 §. 4 de precario.
2) Pandekten §. 691. III. 1.

Digitized by Google

Fünfter Abschnitt.

Condictio possessionis.

§. 16.
Einleitung.

Daß ein verlorener Besitz nicht blos durch Interdicte sondern unter Umständen auch durch andere Klagen, namentlich Condictionen, zurückgefordert werden könne, und daß die allgemeine Bestimmung dieser Möglichkeit, ihr Princip und Umfang, mit zur Besitzlehre gehöre, habe ich früher ausgeführt[1]) und dafür ziemlich allgemeine Zustimmung gefunden[2]). Doch sind einzelne Differenzen hervorgetreten, zu deren Erledigung es nothwendig ist, das Princip genauer als bisher festzustellen.

Stellt man zunächst die Fälle solcher possessorischer Actionen zusammen, bei denen in den Quellen der Besitz speciell als Gegenstand angegeben ist, so sind dies folgende:

1) Condictionen,

a) bei Verlust wider Willen durch Diebstahl und Dejection;

b) bei Verlust mit Willen durch indebiti solutio und Schenkung unter Ehegatten;

1) Besitz i. Mittelalter. S. 17—37.

2) Brinz, Pandekten S. 106. 398. Windscheid, Pandekten §. 161. Rudorff, zu Savigny. S. 707 nro. 161. Auch in der Praxis: Seufferts Archiv 19, 152.

Digitized by Google

2) von Actionen nur die actio metus, also bei zwar zwar gewollter aber erzwungener Hergabe.

Daß diese Fälle nicht als einzelne Singularitäten anzusehen sind, sonder nur als zufällige Beispiele, nach deren Analogie auch andere ähnliche Fälle zu behandeln sind, habe ich schon früher hervorgehoben, und mit Recht hat Windscheid noch zwei Fälle angeführt, die unzweifelhaft mit dahin zu ziehen sind:

1) einen Fall von Verlust wider Willen in L. 4 §. 2. de reb. cred.:

„Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt".

Offenbar muß man hier nach Analogie der cond. trit., wo es bei der Dejection heißt:

— fundum condici, si dominus sit; si non sit, possessionem condicere.

ebenso den Unterschied von condictio rei und possessionis hereinziehen.

2) Der andere Fall ist von Verlust mit Willen, nämlich beim precarium. Hier heißt es in L. 19 §. 2 de prec.:

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis.

Diese condictio incerti ist zwar nicht speciell als cond. possessionis zu verstehen, denn sie würde bei einem precarium detentionis auch zulässig sein, allein jedenfalls schließt sie die cond. possessionis mit in sich.

Vergleicht man nun die Fälle mit einander, so ist klar, daß der Unterschied von condictio und actio, sofern er die formelle Behandlung der Klage betrifft, für das Princip ohne Werth ist, wichtiger ist der, daß die Klagen sowohl bei Verlust des Besitzes mit Willen als wider Willen eintreten. Verlust wider Willen ist die Grundlage des Interdictenschutz, falls der Verlust durch fremde Handlungen und nicht durch Zufall oder eigene Schuld entstanden ist. Insofern stehen daher die Condictionen der ersten Art mit den Inter-

Digitized by Google

dicten auf gleichem Boden und in elective Concurrenz. Die übrigen Condictionen schließen sich dagegen mehr der actio metus an, und stehen mit dieser zusammen in einem Gegensatz zu den Interdicten, da sie sich auf Fälle beziehen, wo die Interdicte nicht anwendbar sind. Indessen beruhen auch die mit den Interdicten concurrirenden Condictionen auf einem andern rechtlichen Gesichtspunkte als die Interdicte, und zwar einem, den sie wieder mit den andern Condictionen gemeinsam haben, und der sie daher mit diesen verbindet, so daß sie wieder mit ihnen zusammen im Gegensatz zu den Interdicten stehen.

Der allgemeine Grund der condictiones sine causa liegt darin, daß alle das, was ohne Grund oder nur aus irrthümlichem oder ungesetzlichem Grunde aus Jemandes Vermögen an einen andern gekommen ist, von diesem zurückgegeben werden muß. Die condictio possessionis ist nur eine Anwendung dieses Princips auf den Besitz, falls dieser als Vermögensobject aus einem Vermögen ohne Grund in ein anderes gekommen ist. Der Grund der Interdicte ist dagegen der unmittelbare Schutz des Besitzes als solchen gegen jede störende, beeinträchtigende oder entziehende Handlung. Somit ist auch in den Fällen von Verlust wider Willen, wo Interdicte und Condictionen concurriren, eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden. Beide haben zwar den Besitz und seinen Verlust zur gemeinsamen Voraussetzung und die Wiedererlangung zum Zwecke, allein der Rechtsgrund der Rückforderung ist bei den Interdicten die positive Handlung, wodurch der Besitz entzogen ist, bei den Condictionen das Erwerben und Haben des Besitzes ohne einen rechtlichen Erwerbsgrund. Der Unterschied beider Begründungen ist natürlich sehr weit greifend. Er zeigt sich am prägnantesten gleich darin, daß wenn die Entziehung als solche der Grund der Klage ist, diese auch begründet sein kann, wenn der Entzieher den Besitz

Digitized by Google

gar nicht bekommen oder wieder verloren hat, während wenn man nur haftet, weil man hat, man auch nur haftet, wenn man hat.

Man kann den Unterschied danach auch so bestimmen: bei den Interdicten bildet der Besitz den Grund der Klage, bei den Condictionen nur den Gegenstand. Die Interdicte sind nur dazu da, den Besitz als solchen zu schützen und haben sonst gar keinen Grund und Zweck, die Condictionen sollen das Vermögen im allgemeinen schützen, auch das Eigenthum und andere Rechte, und haben eine Beziehung auf den Besitz nur dadurch, daß der Besitz eben auch einen Bestandtheil des Vermögens bildet. Ebenso auch die actio metus und ähnliche Klagen. Indessen haben die Interdicte zum praktischen Zwecke doch ebenso wie die Condictionen und Actionen die Wiedererlangung verlorenen Besitzes, und vom Standpunkte des ökonomischen Interesses stehen daher alle drei Klagearten einander gleich. Insofern dienen daher auch die Condictionen und Actionen gleichfalls zum Schutze des Besitzes. Für das ökonomische Interesse ist die Art des Verlustes meistens sehr gleichgültig, und die formalen Unterschiede, die das Recht und der Jurist hier nothwendig machen muß, erscheinen dem Laien oft als reine Spitzfindigkeiten. So wird z. B. der Unterschied von vis und metus, interd. U. V. und actio metus selbst von Kreitmayer in seinem Commentar zum Bair. Landrechte[1]) für eine „bloße römische Subtilität" erklärt, weil es „ja in der That eins ist, ob man mich auskleidet und zur Thür hinauswirft, oder die Kleider selbst abzulegen und hinaus zu gehen forciret". Der Jurist darf sich dadurch zwar nicht irre machen lassen, muß sich doch aber hüten, den materialen Zusammenhang über den formalen Unterschieden zu vernachlässigen. Es ist daher sehr zu billi-

1) Anmerkungen über den Codicem Maximil. Bavar. 2, 5, 10, n. 2.

Digitized by Google

gen, wenn Windscheid[1]) in seinen Pandekten den Condictionen und Actionen neben den Interdicten einen eigenen Paragraphen gewidmet hat, während Rudorff[2]) die Verbindung beider für eine rein „äußerliche und zufällige" erklärt. Doch ist es auch bei Windscheid zu enge und irre führend, wenn er nach einer kurzen Einleitung so fortfährt: „der Anspruch, welcher aus dem bezeichneten Satze erwächst, ist in allen Fällen begründet, in welchen Jemandem sein Besitz durch fremde Eigenmacht entzogen ist" u. s. w. Dadurch ist der Unterschied von Verlust wider und mit Willen in bedenklicher Weise zurück gesetzt.

§. 17.

Der Vermögenswerth des Besitzes.

Nach dieser allgemeinen Bestimmung des Verhältnisses der possessorischen Actionen zu den Interdicten ist die nächste Frage, in wiefern der Besitz überhaupt als Bestandtheil des Vermögens angesehen werden kann und als solcher den Gegenstand von Condictionen bilden kann. Die Frage hängt davon ab, ob der Besitz einen selbständigen Vermögenswerth hat, und wie dieser zu bemessen ist. Die Antwort muß aus der Lehre von den Interdicten entnommen werden. Die Art, wie dort für Störung und Entziehung des Besitzes Ersatz geleistet wird, giebt den Maßstab für die Beurtheilung des Werthes des Besitzes. Die Römer bezeichnen nun als den Gegenstand der Verurtheilung bei den Interdicten:

— quanti interest possidere[3]) —

oder:

— quanti interest possessionem retinere[4]) —

---

1) Pandekten §. 161.
2) Zusätze zu Savigny, num. 161.
3) L. 6 de vi.
4) L. 3 §. 11. U. P.

Digitized by Google

Dabei sagt Ulpian[1]):

Servii sententia est, tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est

fügt aber hinzu:

Sed hoc nequaquam opinandum est; longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

und ebenso sagt Paulus[2]) bei der possessorischen actio metus:

— non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur.

und beim interd. U. V.[3]):

In interdicto U. V. tanti condemnatio facienda, quanti intersit possidere; et hoc iure nos uti, Pomponius scribit, id est, tanti rem videri quanti actoris intersit, — quod alias minus esse, alias plus; nam saepe actoris pluris interesse, hominem retinere, quam quanti is est.

d. h. das „quanti res est" der formula bedeutet nicht den Werth der Sache, sondern das Interesse des Besitzes, was kleiner aber auch größer als jener sein kann. Die Römer unterscheiden also sehr scharf den Werth des Besitzes von dem der Sache selber. Die Frage ist aber, wie denn das Interesse oder der Werth des Besitzes im Gegensatze zu dem der Sache zu bestimmen sei. Die meisten lassen sich auf diese Frage nicht ein, und die, die es thun, kommen zu keinen brauchbaren Resultaten. Ihering[4]) sagt ganz offen, er würde nicht wünschen, die von den Römern verlangte Schätzung des Werthes der possessio vornehmen zu müssen. F. Mommsen[5]) meint, die Vortheile des Besitzes als solchen seien so

1) L. 3. §. 11. U. P.
2) L. 21 §. 2 quod m. c.
3) L. 6 de vi.
4) Beiträge, S. 81. n. 101. Besitzesschutz S. 96. n. 101.
5) Beiträge zum Oblig. Recht. 2, 247.

Digitized by Google

precär, daß sie eine irgend sichere Schätzung nicht zuließen, man müsse also annehmen, daß die Römer eine arbiträre Schätzung des Besitzes statuirt hätten, und für das heutige Recht dürfte die Schätzung wohl jedenfalls nach dem Eigenthumswerth vorzunehmen sein. Brinz[1]) läugnet gradezu, daß der Besitz als solcher einen Werth habe und zum Vermögen zähle, er könne dazu nur mittelbar als die Vorbedingung gewisser zufälliger Vortheile im Processe u. s. w. gerechnet werden. Pernice[2]) wendet dagegen ein, daß der Besitz eine Thatsache mit Rechtsfolgen sei, und somit auch ein Verhältniß von wirthschaftlichem Werthe für den Inhaber bilde, allein worin dieser bestehe und wie er zu bestimmen sei, führt er nicht aus.

Die Römer selber geben keine genaue Bestimmung, wie der Werth des Besitzes geschätzt werden müsse, aber doch einigen Anhalt dazu, so namentlich zunächst in der schon oben berührten Stelle vom interd. U. V., wo zu den Worten „tanti rem videri, quanti actoris intersit" hinzugefügt wird:

quod alias minus esse, alias plus; nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius, eum possidere.

Hieraus ergiebt sich zunächst, daß man sich das Verhältniß vom Werthe des Besitzes zu dem der Sache selbst nicht einfach als ein minus vom plus denken darf, sondern daß unter dem Werthe des Besitzes überhaupt nur der Werth des „Besitzens", d. h. das concrete individuelle Interesse des einzelnen Besitzers an der Fortdauer seines Besitzes zu verstehen ist, wie es beim U. P. heißt:

— quanti interest, possessionem retinere,

und in der obigen Stelle:

1) Pandekten. 2, 653—4.
2) Labeo S. 311.

Digitized by Google

— pluris interesse, hominem retinere.

Demgemäß wird das Interesse beim U. V. auch so ausgedrückt [1]):

— quanti sua interesset, se vi deiectum non esse,

und dieses so specialisirt:

non solum fructuum ratio habetur verum ceterarum etiam utilitatium habenda est; nam — omnia, quaecunque habiturus vel adsecuturus erat is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui aut — aestimari debere.

Nun will Brinz unterscheiden: Die Früchte seien das, was den Werth der Sache selbst ausmache, also darum nicht Besitzwerth, die andern Vortheile aber, Beweismittel, Erbschaft u. s. w., seien so zufällige, seltene, von anderweitigen Umständen abhängige, daß sie auch nicht als Werth des Besitzes als solchen bezeichnet werden könnten, also habe der Besitz nicht als solcher einen Werth, sondern nur als Vorbedingung gewisser zufälliger Vortheile. Allein der Werth des Besitzes kann überhaupt gar nicht mit dem der Sache so einfach parallel gestellt werden. Sache und Besitz der Sache sind überhaupt gar keine homogene Begriffe, die eine relative Werthsbestimmung zuließen. Unter dem Werthe der Sache versteht man die Gesammtheit aller gegenwärtigen und zukünftigen Vortheile, die der Eigenthümer vermöge seines Eigenthums irgend wie aus ihr ziehen kann, in einem durchschnittlichen Capitalbetrage berechnet, so daß dieser Betrag das Geldsurrogat der Sache selber bildet, was der Eigenthümer gegen Uebertragung seines Eigenthumes sich verschaffen kann. Der Werth kann nach den Verhältnissen steigen oder fallen, kann aber für jeden Augenblick in Gelde fest bestimmt werden, selbst mit Rücksicht auf zukünftige Conjuncturen und Eventualitäten. Wollte man den Werth des Besitzes einfach dem

1) L. 1 §. 41 de vi.

Digitized by Google

entsprechend bestimmen, so wäre es der Werth der Vortheile, die der Besitzer durch seinen Besitz aus der Sache ziehen kann. Nun ist aber der Besitz nur das gegenwärtige factische Haben der Sache ohne alle Garantie seiner Fortdauer und ohne die Möglichkeit, Andern ein Recht auf die Vortheile der Sache zu übertragen. Folglich kann auch sein Werth nur danach bemessen werden, wie lange man die Vortheile factisch hat oder event. gehabt haben würde, also nie schlechthin wie beim Eigenthum, sondern immer nur temporell für bestimmte Zeiträume. Daraus folgt weiter, daß der Sachwerth als solcher principiell nie den Besitzwerth bilden kann. Der Besitz kann zwar, wie die L. 6 cit. zeigt, unter Umständen für den Besitzer einen gleichen, ja größeren Werth haben, als die Sache selber, allein die Berechnung muß principiell eine wesentlich andere sein. Dies ist auch der Standpunkt der Römer. Sie stellen zwar mitunter das pretium rei und possessionis wie gleichartig neben einander, allein bei genauerer Rede bezeichnen sie das letztere als: quanti interest, possidere oder possessionem retinere, und deuten damit die Beziehung auf die Zeitdauer des Besitzens als wesentlich an.

Mit diesem Princip sind die Schwierigkeiten keineswegs schon überwunden. Sie liegen weiter in der temporären Berechnung der Besitzvortheile. Diese bestehen im allgemeinen:

1) im Genusse des Besitzens selber, d. h. im Gebrauche und der Fruchtnutzung der Sache;

2) in dem Verhältnisse bei fremden Ansprüchen auf die Sache, nämlich:

a) in den processualischen Eventualitäten, daß wenn der Besitzer selber Eigenthum behauptet, er es nicht zu beweisen braucht, und wenn ein anderer es behauptet, dieser beweisen muß, sonst der Besitzer den Besitz auch ohne Recht behält;

b) in den Eventualitäten der Verjährung, nicht nur der Ersitzung sondern auch der Klagenverjährung.

Digitized by Google

Dabei ist

1. der Gebrauch ganz allgemein in Rechnung zu ziehen, also nicht blos der gewöhnliche, sondern auch, wie die L. 6 cit. zeigt, ein außerordentlicher durch Benutzung der Sache als Beweismittel, bei Ausstellungen u. a. Brinz will zwar Gebrauchswerth und Fruchtnutzung ganz vom Besitzwerthe ausschließen, weil sie zum Sachwerthe gehörten, und der Besitzer als solcher kein Recht auf ihre Lucrirung habe. Allein wenn er auch später, wenigstens im Falle der mala fides alles ersetzen muß, so hat er doch vorläufig jedenfalls den factischen Genuß, (man denke an Kunstwerke, eine angenehme Wohnung u. dergl.) und dabei kann die eventuelle Ersatzpflicht, da es sich um den Besitz handelt, nicht in Betracht kommen. Unzweifelhaft rechnen daher die Römer die Früchte mit zu dem quanti interest possidere, namentlich beim int. U. V.[1])

Viel schwieriger und zweifelhafter ist die Berechnung von Gebrauch und Fruchtgenuß in Betreff der Zeitdauer des Besitzes. Einfach ist die Frage zwar, wenn die betreffende Sache selber wieder zurückgegeben werden kann; dann wird einfach die Zeit von der Dejection bis zur Rückgabe berechnet. Aber wie, wenn der Dejicient die Sache nicht mehr hat, sei es, daß er selber wieder von Dritten dejicirt ist, oder er die Sache fortgegeben hat, oder sie bei ihm vindicirt ist, oder bei Mobilien er sie verloren hat? Daß der Dejicient auf das Besitzinteresse haftet, „quamvis sine dolo et culpa amiserit possessionem", ist ja bekannt und zweifellos[2]). Die Haftung geht dann aber natürlich nicht blos auf die vergangene, sondern auch auf die zukünftige Entbehrung des Besitzes. Wie soll nun dieser zukünftige Besitz, den der Dejicirte noch gehabt haben würde, bemessen werden? Man kann ihn weder

1) „Ex die, quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur". L. 1 §. 40 de vi.

2) L. 1 §. 36. 42. L. 7. L. 15 de vi.

Digitized by Google

unberücksichtigt lassen noch umgekehrt auf einmal den reellen Sachwerth, wie bei der Eigenthumsklage, an die Stelle setzen. Mommsen meint, die Römer hätten eine arbiträre Schätzung des Besitzes angenommen. Allein man kann wohl für den Werth des Besitzes während einer bestimmten Zeit, z. B. einem Jahre, eine sehr freie Schätzung zulassen, aber nicht für die ganz unbestimmte mögliche Dauer des Besitzes selber. Denn diese hängt von reinen Zufälligkeiten ab, der Besitz kann nach einem Monate verloren werden, aber auch 30 und mehr Jahre dauern. Dem Principe nach ist gar keine andere Schätzung möglich, als eine unbestimmte, vom Erfolge abhängige. Die Sache müßte durch ihren Geldwerth vertreten werden, und dieser daher dem Kläger so lange in Besitz gegeben werden, wie sein wirklicher Besitz gedauert haben würde. Damit würde man, soweit möglich, das erreichen, was L. 1. §. 31 fordert:

pristina causa restitui debet, quam habiturus erat, si deiectus non fuisset.

oder L. 1 §. 41 noch genauer:

omnia, quaecunque habiturus vel adsecuturus erat is qui deiectus est, si vi deiectus non fuisset, restitui, —

Diese Idee hat auch Mommsen im Sinne, wenn er sagt, das einfachste wäre, dem Kläger den Sachwerth zuzusprechen, und das Behalten davon abhängig zu machen, daß der Verklagte sein Eigenthum nicht später bewiese. Es ist nur principlos ausgedrückt, und in Betreff der Rückforderung viel zu beschränkt; denn Vindicationen Dritter müßten natürlich ebenso in Betracht gezogen werden.

Die Sicherstellung der Rückgabe würde sich dabei durch Cautionen leicht machen lassen, fast unlösbar aber ist die Schwierigkeit, zu bestimmen, wie lange der Besitz fortgedauert haben würde. Kann, wenn A vom B, B vom C dejicirt ist, und dann D die Sache bei C vindicirt, B dem A entgegen

Digitized by Google

halten, C würde auch ihn, den A, dejicirt, D die Sache auch bei ihm vindicirt haben? Oder kann A entgegnen, wie Savigny[1]) in einer anderen Beziehung meint, D sei erst durch die Dejection auf sein Eigenthum aufmerksam geworden. Letzteres wäre namentlich bei Mobilien wichtig, wo der Eigenthümer leicht erst durch die Besitzentziehungen Kenntniß vom Aufenthalt seiner Sache bekommen kann. Die Römer sprechen sich über die Frage nicht aus. In der vorhin angeführten L. 1. § 41 heißt es vom Kläger:

eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi deiectum non esse.

Dabei hat Ulpian zunächst zwar nur an die Zeit von der Dejection bis zur Restitution gedacht, allein sein Princip geht darüber hinaus; denn der Dejicirte würde, wenn er nicht dejicirt wäre, auch später die Früchte bezogen haben, — natürlich aber nur so lange, als er den Besitz behalten hätte. Dem Princip nach kann man daher weiter nichts sagen, als daß man alle Beweise zulassen muß, und ihre Bedeutung im einzelnen von den concreten Umständen des Falles abhängen lassen muß.

2. Nicht geringer sind die Schwierigkeiten in Betreff der processualischen Eventualitäten. A ist von B, B von C dejicirt, A behauptet aber Eigenthum, klagt daraus gegen C, wird jedoch wegen mangelnden Beweises abgewiesen. Kann er den Sachwerth von B fordern, weil er als Besitzer die Sache ohne Beweis behalten hätte? kann B entgegnen, C würde von A vindicirt und sein Eigenthum bewiesen haben? Wie wenn C den Gegenbeweis seines Eigenthums versucht aber verfehlt hatte? Dann würde A, falls C hätte klagen müssen, den Besitz behalten haben. Will man das Princip der Schadloshaltung für entzogenen Besitz vollständig durch-

1) Besitz S. 445. n. 7.

Digitized by Google

führen, so darf man auch diese Verhältnisse nicht außer Acht lassen. Nur versteht sich, daß sie immer nur die Dauer des Besitzes betreffen, also nie ein festes und unbedingtes Recht auf den Sachwerth geben.

3. Die Eventualität der Usucapion hat schon Savigny[1]) beim U. V. mit in die Schadloshaltung hereingezogen und ausgeführt, daß man sie nicht ausschließen dürfe. Sie existirt allerdings nur für den bonae fidei possessor, allein sie wird doch durch die Entziehung des Besitzes als solchen zerstört. Die Entschädigung müßte hier unzweifelhaft in der definitiven Zahlung des reellen Sachwerthes bestehen, natürlich aber erst nach Beendigung der Usucapionszeit. Bei Rückgabe der Sache selber müßte also nur erst Caution für die eventuelle Zahlung gestellt werden; bei Unmöglichkeit der Rückgabe wäre dann diese Eventualität mit der eben besprochenen Entscheidung für Gebrauch und Genuß in der Weise zu verbinden, daß die Pflicht der Rückgabe mit dem Zeitpunkte, wo die Usucapion vollendet gewesen wäre, von selbst ganz aufhören würde. Eine weitere Frage würde nach canonischem Rechte durch eine mala fides superveniens, die gerade in Folge der Dejection leicht eintreten könnte, begründet werden. Doch möchte ich dafür keine Haftung annehmen.

Das Resultat ist also, daß der Besitz allerdings einen Vermögenswerth hat, der nur anders als beim Eigenthume zu bestimmen ist. Er ist nicht absolut für einen bestimmten Augenblick zu berechnen, sondern ist wesentlich von der Dauer des Besitzes abhängig. Wenn Brinz zur Widerlegung fragt: „zählt zum Vermögen auch was man gestohlen?“ so frage ich umgekehrt: „wer ein Rittergut im Besitze hat, ist der ein Bettler?“ Mit solchen Pointen läßt sich die Sache nicht abmachen. Wenn der Besitzer in seinem Besitze geschützt

1) Besitz S. 444—5.

Digitized by Google

wird und ihn erſt nach Durchführung eines vielleicht vieljährigen petitoriſchen Proceſſes herauszugeben braucht, ſo hat er inſofern vorläufig ein gewiſſes Vermögen, d. h. nicht den Werth der Sache an ſich, ſondern den Werth des Beſitzens.

Die ganze Lehre vom Vermögenswerthe des Beſitzes und damit auch die Möglichkeit, daß der Beſitz als Gegenſtand von Condictionen angeſehen werden konnte, ſetzt natürlich eine große Reife der juriſtiſchen Speculation voraus. Sie iſt daher auch erſt von der Jurisprudenz der Kaiſerzeit, obgleich immer ziemlich früh, ausgebildet. Ueber die Zeit der Entwicklung läßt ſich folgendes ermitteln. Von Servius Sulpicius heißt es noch, daß er die Anſicht gehabt habe: „tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est[1])“. Dagegen wird von Pomponius geſagt: „hoc iure nos uti Pomponius scribit, tanti rem videri, quanti intersit (possidere)[2])“. Dazwiſchen liegt alſo der Uebergang. Einen weiteren Anhalt dafür giebt die condictio possessionis bei der Dejection. Hiervon heißt es in L. 25 §. 1 de furtis:

> Labeo negat, sed Celsus putat posse condici possessionem

und in L. 2 de cond trit.:

> — posse fundum condici Sabinus scribit et ita et Celsus, sed ita si dominus sit, qui deiectus condicat; ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Alſo Labeo verwarf die Condiction bei der Dejection vollſtändig, Sabinus ließ ſie zu, aber nur für den Eigenthümer, Celſus auch für den bloßen Beſitzer. Die Zwiſchenſtufe von Sabinus zwiſchen Labeo und Celſus erklärt ſich daraus, daß Sabinus bekanntlich auch bei Grundſtücken ein furtum

1) L. 3 §. 11. U. P.
2) L. 6 de vi.

Digitized by Google

annahm[1]) und folglich condictio furtiva zuließ[2]). Labeo war gegen die Annahme des furtum und folglich auch gegen die condictio, Celsus wird als Proculianer zwar auch gegen das furtum und die condictio furtiva bei Immobilien gewesen sein, machte aber eine condictio sine causa durch Annahme der condictio possessionis möglich. Die condictio incerti vom Pfandgläubiger wird in L. 12 §. 2 de cond. furtiva auch dem Aristo und Neratius, Zeitgenossen des Celsus und Proculianern, zugeschrieben. Hiernach ist also die condictio possessionis von den Proculianern aufgestellt, spätestens von Celsus; ob schon vor ihm von Proculus oder Pegasus, ist nicht zu ersehen.

§. 18.

Das Gebiet der Besitz-Condictionen.

Der Umfang, in dem die Besitz-Condictionen zulässig sind, wäre an sich in dreifacher Abstufung möglich:

a. Das engste wäre, wenn man sie auf die Fälle beschränkte, wo der Besitz als solcher, im Gegensatze zum Eigenthume, Gegenstand des Delictes oder des Rechtsgeschäftes, durch welches man den Besitz verloren hat, war, also z. B. nur bei furtum possessionis, und bei Uebertragung nur dann, wenn sie absichtlich nur bloßen Besitz als solchen und nicht das Eigenthum betrafen. Dies scheint die Ansicht von Voigt[3]) zu sein.

b. Etwas weiter nimmt Brinz[4]) den Umfang, er meint die cond. poss. setze voraus, „daß Condicent ehedem nichts anderes hatte, als possessio", daß „sein Gut blos possessio war",

1) Gellius, 11, 18, 13.

2) Pernice, Labeo. S. 313 n. 10 scheint dies schon für cond. poss. halten zu wollen.

3) Ueber die condictiones ob causam. S. 329—31.

4) Pandekten S. 389.

Digitized by Google

die cond. poss. sei für den bloßen Besitzer das, was für den Eigenthümer die rei vindicatio.

c. Der weiteste Umfang wäre, daß jeder, der Besitz gehabt und verloren hat, die Condictionen anstellen kann, ohne Rücksicht, ob er daneben auch Eigenthum hat, und ob der Verlust nur den Besitz als solchen betraf, oder das Eigenthum mit. Das Verhältniß der condictio possessionis zur condictio rei und zur vindicatio wäre dann ähnlich, wie das der Interdicte und der Publiciana zur Vindication, d. h. der Eigenthümer hätte die Wahl, entweder von seinem Eigenthume ganz zu abstrahiren, und sich blos auf seinen Besitz und dessen Verlust zu stützen, dann auch nur diese beweisen zu müssen, dafür aber auch nur den Besitz oder dessen Werth einklagen zu können, oder aber sein Eigenthum zu behaupten und zu beweisen und dann auch es selber oder seinen vollen Werth einzuklagen.

Ich halte diese letztere Ansicht unbedingt für die richtige, schon aus dem einfachen Grunde, weil man den Besitzer nicht nöthigen kann, sein Eigenthum zu behaupten und einzuklagen, wenn er es nicht will, weil er vielleicht gar nicht sicher darüber ist und es nicht glaubt beweisen zu können. Noch weniger aber kann man dem Verklagten gegen die Klage aus dem Besitze die Einrede geben, der Kläger sei Eigenthümer und müsse das Eigenthum einklagen; denn dann müßte ja der Verklagte beweisen, daß der Kläger Eigenthümer sei, also noch mehr Recht habe, als er selber behaupte. Der Satz, daß der Eigenthümer nicht condiciren könne außer bei furtum, steht nicht im Wege, da er sich nur auf die condictio rei bezieht; denn der Grund davon liegt nach Gai. 4, 4 nur darin, daß der Eigenthümer nicht auf dare oportere klagen kann, weil „quod nostrum est, nobis dari non potest“; dieser Grund fällt bei der condictio possessionis von selber weg, da sie incerti ist, also auf quidquid dare facere oportet geht.

Digitized by Google

Was die einzelnen Stellen betrifft, so ist der Gegensatz zum Eigenthume bei der cond. poss. nur an zwei Stellen hervorgehoben. In der einen heißt es:

— ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici, Sabinus scribit, et ita et Celsus; sed ita si dominus sit, qui deiectus condicat, ceterum si non sit, possessionem eum condicere, Celsus ait.

Hier ist es wohl unzweifelhaft, daß es dem Dejicirten überlassen bleibt, ob er sich für den Eigenthümer ausgeben oder nur Besitz behaupten will. Eher könnte die andere Stelle Zweifel erregen, die von der condictio indebiti handelt, die L. 15 de cond. indeb.:

Indebiti soluti condictio naturalis est, et ideo etiam — fructus — in condictionem venient. (§. 1) Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum, si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem.

Hier scheinen die Worte „possessionem debere" allerdings eine speciell den Besitz als solchen betreffende Verpflichtung zu bezeichnen. Indessen kann man daraus keine allgemeine Beschränkung entnehmen. Denn die Worte „quemadmodum, si" zeigen, daß hier der Fall des possessionem debere nur zum Vergleiche heran gezogen wird, um die condictio possessionis auch für den Fall zu begründen, „si alieni nummi dati sunt". Bei diesen Worten kann aber an ein bloßes „possessionem debere" nicht gedacht sondern nur der Fall gemeint sein, daß man eine gewöhnliche Geldschuld hat zahlen also Eigenthum hat übertragen wollen, und es nur darum nicht konnte, weil das Geld eben fremdes war. Wenn hier, wo eine Beziehung zum Besitze als solchem ganz außer der Absicht der Parteien liegt, doch eine condictio possessionis gegeben wird, so sieht man, daß der Glaube „possessionem debere" in dem andern

Digitized by Google

Falle nur darum zu Grunde gelegt ist, um die Möglichkeit einer Beschränkung der Condiction auf den bloßen Besitz so recht deutlich vorzulegen.

§. 19.
Klagegrund und Einreden.

Bei der weiteren Durchführung der possessorischen Condictionen und Actionen kommt also der Besitz oder sein Interesse nur als Gegenstand in Betracht, alle übrigen Fragen sind somit nach der jedesmaligen Natur der verschiedenen einzelnen Klagerechte zu entscheiden, so namentlich die Fragen, wer klagen und wer verklagt werden kann, was der specielle Klagegrund ist, und welche Einreden zulässig sind.

Nach dem Klagegrunde ist namentlich zu bestimmen, ob nur der Besitz, event. die Bereicherung durch ihn, gefordert werden kann, oder das volle Interesse. Ich hatte früher[1]) angenommen, daß die condictio possessionis als solche immer nur auf das erstere gehen könne. Indessen hat Windscheid[2]) dagegen mit Recht geltend gemacht, daß die condictio furtiva insofern eine anomale Natur hat, als sie wegen des zu Grunde liegenden Delictes nicht blos auf Bereicherung sondern auf vollen Schadensersatz geht, und daß diese Anomalie auch bei der condictio possessionis, sofern sie auf einem Diebstahl oder überhaupt einem Delicte beruht, zur Anwendung kommen müsse. Dasselbe muß dann auch für die possessorische actio metus und überhaupt alle Klagen, die auf einem Delicte beruhen, gelten. Nur versteht sich, daß das volle Interesse immer nur als volles Besitzinteresse zu verstehen ist, wie es speciell bei einer possessorischen actio metus heißt:

— non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum cum fructibus consequetur; aestimatur enim,

1) Besitz i. Mitt. S. 33. nro. 2.
2) Pandekten. §. 161. n. 5.

Digitized by Google

quod restitui oportet, i. e. quod abest, abest autem nuda possessio cum suis fructibus[1]).

Welche Einreden gegen die possessorischen Condictionen und Actionen zuzulassen seien, ist besonders zweifelhaft. Man hat die petitorischen und possessorischen zu unterscheiden:

1. Die petitorischen, d. h. also alle Einreden aus dinglichen Rechten an der Sache, namentlich dem Eigenthum, oder obligatorischen auf sie, habe ich früher vollständig für unzulässig erklärt[2]). Rudorff[3]) scheint mir darin beizustimmen, obwohl er nur die Einrede des Eigenthums erwähnt. Auch Windscheid[4]) scheint die Einrede des Eigenthums nur bei der condictio aus precarium zulassen zu wollen, und zwar weil „precarium suae rei non est". Dagegen erklärt Ihering[5]) die petitorischen Einreden für allgemein zulässig, Voigt[6]) verwirft wenigstens die condictio possessionis gegen den Eigenthümer. Ich kann nach reiflicher Ueberlegung nur bei meiner früheren Ansicht stehen bleiben. Es ist richtig, daß die Ausschließung der petitorischen Einreden bei den Interdicten nicht ohne weiteres auch für die Condictionen maßgebend sein kann. Denn dort handelt es sich darum, daß der Besitz als solcher dem Besitzer nicht mit Gewalt oder wenigstens nicht wider seinen Willen entzogen werde, bei den Condictionen ist dagegen das Princip, daß man nicht ohne rechtlichen Grund aus fremdem Vermögen bereichert werden soll. Daraus könnte man folgern, daß wenn man ein Recht auf den Besitz habe, man durch seine Erlangung nicht bereichert würde. Allein die Art und der Inhalt der Bereicherung muß hier ganz aus der besonderen Natur des Be-

1) L. 21 §. 2 quod metus causa.
2) Besitz im Mitt. S. 32.
3) Zusätze zu Savigny. num. 161. S. 712.
4) Pandekten. §. 161 n. 8.
5) Beiträge, S. 117. Besitzesschutz, S. 137—8.
6) Ueber d. condict. ob causam. S. 331. n. 280.

Digitized by Google

sitzes bestimmt werden, und danach ist der Werth und das Interesse des Besitzes nicht einfach nach dem der Sache zu bestimmen, sondern beruht auf der Fortdauer des Besitzes bis zum Beweise eines Rechts auf den Besitz vom Gegner. Folglich besteht auch die Bereicherung in allen Fällen von Besitzentziehung, sowohl directer als indirecter, in dem Haben des Besitzes ohne oder vor Beweis des Rechtes. Soll daher die Klage ihrem Grunde und Gegenstande entsprechen, so darf die Rückgabe des Besitzes nicht durch den Beweis eines Rechtes, also einer petitorischen Einrede, verzögert werden. Wollte man den Verklagten zum Beweise seines Eigenthums zulassen, so würde der frühere Besitzer das commodum possessionis jedenfalls insofern verlieren, als er während der Zeit der Beweisführung den Besitz factisch entbehren müßte, und der andere würde einen Vortheil genießen, auf den er keinen rechtlichen Grund hat. Denn selbst wenn er den Beweis des Eigenthums führte, würde doch erst mit dem Urtheile der rechtliche Grund für das factische Haben des Besitzes eintreten, das vorherige Haben also immer ohne rechtlichen Grund bleiben. Will man also das Princip der Condictionen, daß der Verklagte den Vortheil, den er ohne rechtlichen Grund hat, zurückgeben muß, bei der condictio possessionis ernstlich und consequent durchführen, so muß der Verklagte sofort zur Rückgabe verurtheilt werden, sobald die Klage an sich nach Rechtsgrund und Gegenstand als begründet erscheint. Nur bei sofortiger voller Liquidität des Eigenthums oder der sonstigen Einrede ohne allen Gegenbeweis könnte man daraus eine exceptio doli entnehmen nach der Regel dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Daß bei der condictio aus dem precarium die Einrede des Eigenthums zulässig ist, ist nicht zu bezweifeln, da sie ja auch beim inderd. Q. P. zugelassen wird. Allein der Grund ist, weil „precarium suae rei non est", also weil die Klagen aus dem

Digitized by Google

precarium überhaupt gar nicht auf dem Besitze als solchem beruhen, also überhaupt gar keine possessorische Klagen sind, wie oben näher ausgeführt ist.

Eine directe Bestätigung aus den Quellen läßt sich übrigens weder für noch gegen die Zulassung der petitorischen Einreden erbringen. Rudorff sagt zwar, die Ausschließung der Einrede des Eigenthums sei „sogar ausdrücklich entschieden". Die Entscheidung soll in den oben S. 198 angeführten Stellen über die Condiction bei Dejectionen liegen. Ihering (n. 139) bemerkt dazu, diese Begründung sei ihm unverständlich. In der That ist sie schwer begreiflich, sie kann nur darin liegen sollen, daß es dort heißt:

— si dominus non sit, possessionem eum condicere.

Wenn man den Satz, daß der Nichteigenthümer den Besitz condiciren könne, buchstäblich und absolut nähme, könnte man daraus allerdings folgern, daß er es unbedingt auch gegen den Eigenthümer könnte. Indessen denkt die Stelle daran offenbar nicht von ferne. Sie hat nicht den Verklagten und dessen mögliche Einreden im Sinne, sondern nur den Unterschied von condictio rei und possessionis; sie sagt, daß bei Dejection und furtum ausnahmsweise eine condictio vom Eigenthümer angestellt werden könne, daß der bloße Besitzer aber in diesen Fällen eine condictio possessionis habe. Was für Einreden dieser entgegengestellt werden können, daran denkt die Stelle gar nicht. Anderseits kann man auch nicht mit Voigt einen Beweis für die Zulassung der exc. dominii aus L. 33 de cond. ind. entnehmen. Die Stelle sagt, daß wer auf fremden Boden baue, keine condictio indebiti gegen den Eigenthümer des Bodens, wenn dieser in den Besitz gekommen sei, habe sondern nur, so lange man selbst besitze, eine Einrede. Dabei werden die beiden Fälle unterschieden, ob der Eigenthümer des Bodens diesen mitsammt dem Gebäude selbständig an sich nimmt („occupat"), oder ob der Er-

Digitized by Google

bauer es ihm giebt („possessionem tradidisset"). In beiden Fällen habe er die condictio nicht: im ersteren Falle nicht, weil der Eigenthümer durch die Occupation „negotium nullum contrahit" und die cond. indebiti wesentlich auf einem negotium solutionis beruhe; im zweite Fallen nicht, weil der Erbauer durch die Tradition „nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat". Offenbar handelt es sich hier gar nicht um eine condictio possessionis im Betreff des tradirten Bodenbesitzes, sondern um die condictio rei in Betreff des Werthes der Inädification. Der Gedanke ist, daß der Eigenthümer des Bodens nicht erst durch die Tradition das Eigenthum des Gebäudes bekommt, so daß er wegen indebita traditio mit der condictio indebiti belangt werden könnte, sondern daß er das Eigenthum schon vorher durch die Inädification selber erlangt hat und daher jetzt durch die Tradition des Grundstückes gar nicht mehr bereichert wird sondern nur sein Eigenthum erhält. Die Frage über das indebitum bezieht sich nur auf das Gebäude und die Bereicherung durch dessen Eigenthum, nicht auf den Besitz des Bodens. Daß dieser als solcher indebite übertragen wäre, ist durchaus nicht angedeutet und würde für den ganzen Zweck der Stelle gar nicht passen. Dagegen wird man allerdings annehmen müssen, daß wenn wirklich der Besitz als solcher indebite übertragen oder durch eigenmächtige Occupation erlangt wäre, dann der Besitzer eine condictio possessionis hätte und diese dann namentlich zu dem Zwecke mit würde geltend machen können, die Inädification durch Retention und Exception ersetzt zu bekommen. Das Eigenthum des Gegners würde diese Condiction nicht verhindern dürfen. Es wäre das ein weiterer interessanter Fall von Besitzinteresse und seinem Werthe im Gegensatze zum Werthe der Sache selber, ähnlich den in L. 6 de vi genannten, „veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius, eum (servum) possideri".

Digitized by Google

Einer besondern Betrachtung bedarf noch Eine petitorische Einrede, nämlich die der Compensation. Diese wird man im allgemeinen für zulässig erklären müssen. Denn da diese nur bei gleichartigen Gegenforderungen möglich ist, so kann sie nie den factischen Besitz als solchen und dessen Natural-Restitution betreffen, sondern immer nur die aus dem Besitze hervorgehende Schadenersatzforderung, und bei dieser fallen die Gründe weg, die oben gegen Zulassung der petitorischen Einreden geltend gemacht sind. Nur greift hier die besondere Bestimmung der L. 14 §. 2 C. de compens. beschränkend ein:

Possessionem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

Dieser Ausspruch ist so allgemein gefaßt, daß er nicht auf das interd. U. V., an das man zunächst dabei denkt, beschränkt werden darf, sondern überall angewendet werden muß, wo er seinem Wortlaute nach zulässig ist[1]). Dahin gehören aber auch alle die Condictionen, die auf einer Aneignung des Besitzes, die wider den Willen des Besitzers geschehen ist, beruhen. Doch ist er auf diese zu beschränken, daher bei der condictio indebiti nicht anzuwenden und auch nicht bei der actio metus und ähnlichen, da das „perperam occupare" nur auf eigenmächtige Hinnahme bezogen werden kann.

2. Von den possessorischen Einreden, d. h. denen, die nur den Besitz als solchen und die Rechte daraus betreffen und daher im reinen Besitzprocesse zulässig sind, ist die Zulässigkeit der Klagenverjährung außer Zweifel, doch kann nicht die einjährige der Interdicte, sondern nur die dreißigjährige der Condictionen und Actionen Platz greifen.

Zweifelhaft ist die Einrede aus der Widerrechtlichkeit des Erwerbes. Ich habe früher angenommen, nur der könne den

1) Vgl. Dernburg Compensation, S. 511.

Digitized by Google

Besitz condiciren, der ihn im U. P. behaupten könne, und habe daher die exc. vitii zugelassen. Windscheid[1]) verwirft dies vollständig; Rudorff[2]) will eine exceptio doli zulassen, falls der Besitzfehler für den Verklagten eine Rückforderung begründet; Ihering[3]) geht noch weiter und will unter dem Titel des „mangelnden Interesses" sogar bei widerrechtlicher Erlangung von Dritten, z. B. bei gestohlenen Sachen, eine Einrede zulassen. Das letztere ist wohl jedenfalls unrichtig. Ihering gründet es auf L. 12 §. 1 de furtis, wonach die actio furti nur dem bonae, nicht dem malae fidei possessor zusteht, weil „nemo de improbitate sua consequitur actionem". Ich habe schon früher ausgeführt, daß dieses nur von Pönalklagen, die dem Kläger einen eigentlichen Gewinn geben, wie die a. furti, zu verstehen ist, bei reipersecutorischen Klagen aber gradezu falsch wäre, da der malae fidei possessor unzweifelhaft Besitz — Depositen — Commodat — Pfandklage u. a. anstellen kann. Auf relative Besitzfehler unter den Parteien selber wäre die Einrede daher jedenfalls zu beschränken, doch ist auch bei diesen eine eigentliche exc. vitii, wie beim U. P., nicht zuzulassen. Denn da diese Einrede nur beim U. P., nicht aber beim U. V. zugelassen ist, so sieht man, daß das Princip des römischen, wenigstens des Justinianischen, Rechtes ist, den fehlerhaften Besitz zwar nicht gegen Störung, wohl aber gegen Entziehung zu schützen; dann aber ist auch der fehlerhafte Besitz einstweilen als Vermögensbestandtheil anzusehen, der Condictionen und Actionen begründen kann. Eine andre Frage ist die exc. doli aus der Gegenforderung. Wenn A von B dejicirt wird, und dieser darauf wieder von A, so haben an sich beide das interd. U. V. und die entsprechende condictio gegeneinander, nur daß A, da er

1) Pandekten §. 161 n. 7.
2) Zusätze zu Savigny num. 161. S. 712.
3) Beiträge, S. 117. Besitzesschutz, S. 138.

Digitized by Google

factisch wieder im Besitze ist, insofern nicht gegen B klagen kann, sondern nur dieser gegen ihn. Indessen ist sein Forderungsrecht gegen B aus der Dejection dadurch an sich nicht aufgehoben; denn nur „quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et nihil absit, nec quod solutum sit repeti possit, liberatio contingit“ [1]). Wenn daher B die Sache durch das Interdict zurückfordert, so kann A aus seinem Rechte auch wieder klagen. Kann nun A nicht auf diese eventuelle Rückforderungsklage eine exc. doli gegen die Klage des B stützen, nach dem Grundsatze: dolo facit, qui petit, quod redditurus est [2])? und: cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit [3])? Windscheid verwirft sie unter Berufung auf die oben besprochene L. 14 §. 2 C. de compensat., die ganz unbeschränkt laute. Er sieht also in einer solchen Einrede eine Compensation. Ich halte das nicht für zulässig. Denn wenn man auch bei gegenseitigen Forderungen auf eine bestimmte Sache Compensation wegen der Identität des Objectes zulassen wollte [4]), so ist das doch auf den Besitz wegen seiner factischen Natur nicht anwendbar. Der Besitz, d. h. das Besitzen, des A ist nicht das des B, sondern etwas anderes ungleichartiges, und darum incompensables, wie sich namentlich darin zeigt, daß die Römer das Interesse des Besitzes ganz individuell bestimmen, wie z. B. in den oben S. 191 und 205—6 besprochenen Fällen der L. 6 de vi und L. 33 de cond. indeb.

Danach scheint Rudorffs Annahme der exc. doli gegründet. Allein dadurch käme man zu dem sonderbaren Resultate, daß bei gegenseitiger Dejection der zweite Dejicient

1) L. 61 de solutionibus.

2) L. 8 §. 1 de doli except.

3) L. 156 §. 1 de R. I.

4) Dernburg, Compens. S. 488. Sintenis, Civilr. B. 2. S. 430.

Digitized by Google

durch das Interdict zur Rückgabe gezwungen werden könnte, durch die Condiction aber nicht. Sollte nicht der Grund, der die Einrede beim Interdict ausschließt, auch für die Condiction wirken? Es kommt darauf an, worin er liegt. Wenn man mit Savigny[1]) den Grund der Ausschließung in der Strafe der Selbsthülfe sieht, so muß diese natürlich bei der Condiction ebenso wirken, wie beim Interdict. Savigny leitet dies aus der L. 7 C. unde vi ab: danach gehe durch die Selbsthülfe das Eigenthum verloren, um so mehr alles Recht aus dem Besitze. Ich möchte noch directer das decretum D. Marci zu Grunde legen. Danach gehen Forderungsrechte durch Selbsthülfe verloren, also auch das durch die Dejection begründete. Der Dejicirte soll die Rückgabe durch Klage erzwingen, nicht durch Selbsthülfe. Sartorius[2]) will das Decret zwar auf Vertragsobligationen beschränken, indessen wird es mit Recht in der Regel allgemein genommen und auch auf Delictsobligationen bezogen[3]). Bedenklicher ist eine Aeußerung von Paulus[4]):

Qui vi aut clam aut precario possidet, ab adversario impune deiicitur.

Danach scheint Paulus die Dejection eines Dejicienten noch für keine strafbare Selbsthülfe gehalten zu haben. Indessen hat er offenbar zunächst nur die Zulässigkeit der exc. vitii im Auge und darum bei dem „impune" die „poena" des Decrets von M. Aurel nicht berücksichtigt. Denn die Fortdauer der exc. vitii wäre mit dem Verluste des Klagerechts wohl noch vereinbar. Jedenfalls aber ist die Stelle von Justinian nicht aufgenommen, und daher bei ihm die Strafe des Decrets allgemein anzuwenden. Der Unterschied

1) Besitz, S. 488.
2) Lindes Zeitschr., 20, 21.
3) Schwarze im Rechtslexikon. 10, 129.
4) Rec. sentent. 5, 6, 7.

Digitized by Google

zwischen dem Decrete und der L. 7 ist namentlich wegen des Umfanges der Bestimmung wichtig. Die L. 7 geht nur auf vis, das Decret auch auf metus, d. h. jene straft nur eigenmächtige Wegnahme, dieses auch den Zwang zur Rückgabe [1]). Wenn der Dejicirte den Dejicienten nicht wieder dejicirt, wohl aber zur Rückgabe zwingt, so fällt er zwar nicht unter die L. 7, wohl aber unter das Decret.

Mag man nun aber die L. 7 oder das Decret zu Grunde legen, jedenfalls verliert der Dejicirte, wenn er wieder dejicirt, nach Justinianischem Recht seine Klage aus seiner Dejection, und damit verliert auch Rudorffs exc. doli hier ihre Grundlage für ihn. Indessen kann sie danach eben auch nur in den Fällen von Selbsthülfe ausgeschlossen werden, also nur wenn der vertriebene sich den Besitz mit Gewalt oder Zwang wieder verschafft hat, nicht aber in den andern Fällen von Condictionen und Actionen, also nicht wenn er ihn durch indebiti sölutio, oder durch Betrug oder als Precarium bekommen hat, und daher die condictio indebiti, oder actio döli, oder condictio incerti ex precariö gegen ihn angestellt würde, u. s. w. Hier würde die Geltendmachung seiner possessorischen Gegenforderung durch exc. doli nach dem obigen Principe nicht zurückgewiesen werden können. Rudorff will zwar grade umgekehrt die Einrede in diesen Fällen der „regelmäßigen Condictionen" nicht zulassen, weil „der Kläger hier gar nicht aus dem Besitze klagt, dem er ja selbst entsagt hat". Allein das würde nur auf die exc. vitii passen. Die exc. doli aber beruht darauf, daß hier der Condiction auf den Besitz eine Rückforderungsklage auf denselben Besitz entgegensteht, daß somit der Condicent etwas einklagt, auf dessen Rückgabe er sofort wieder verklagt werden kann, und daß „dolo facit, qui petit quod redditurus est".

1) Schwarze, a. a. O. S. 132—3.

Digitized by Google

Sechster Abschnitt.

Actio spolii.

§. 20.
Petitorisch oder possessorisch?

Von den Veränderungen, die die römischen Besitzklagen in der mittelalterlichen und modernen Praxis erlitten haben, habe ich in Betreff der Scheidung des interd. U. P. in ein iudicium ordinarium und summariissimum keine Veranlassung gefunden, zu dem, was ich früher darüber ausgeführt habe [1]), neue Erörterungen hinzuzufügen. Dagegen scheint es mir in Betreff der Spolienklage nöthig, nach den mehr historischen Ausführungen, die ich früher darüber gegeben habe, ihre heutige praktische Bedeutung für die Besitzlehre genauer dogmatisch festzustellen. Die Frage hat scheinbar durch Delbrücks Buch über die dingliche Klage des deutschen Rechts [2]) eine andere Richtung bekommen, als sie früher hatte. Während man früher in der Spolienklage eine übermäßige, ja unsinnige Ausdehnung des possessorischen Schutzes sah, will

1) Besitz im Mitt. §. 28. 33. 41. 44–46. 49. Der ältere Besitz und das possessorium ordinarium, in Bekkers Jahrb. d. gem. Rts. Bd. 1. nro. I.

2) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts, 1857. Dazu: Nachträge zur dinglichen Klage des dent. Rts., 1871, in Iherings Jahrb. f. Dogmatik. 10, 110—176.

Digitized by Google

sie Delbrück der Besitzlehre ganz vollständig entziehen und sie nur als petitorische Klage angesehen wissen, als die dingliche Klage des deutschen Rechts, und zwar in zwei Formen, als Klage blos aus dem älteren redlichen Besitze und als Klage aus dem Verluste des redlichen Besitzes wider Willen, die sich hauptsächlich durch die möglichen Einreden unterscheiden. Delbrücks Ansicht hat durch Ziebarth[1]) eine weitere Vertheidigung erhalten, wenn auch mit einzelnen Modificationen und veränderter Begründung. Die Folge dieser Auffassung ist, daß der Besitzesschutz vollständig auf das römische Recht zurückgewiesen wird, und während man bisher stets nur von den großen Erweiterungen des römischen Besitzrechtes durch das canonische Recht gesprochen hatte, nun Ziebarth (S. 289) im Gegentheil sagt: „Die römischen Besitzinterdicte gelten in allen wesentlichen Punkten, canonische Abweichungen giebt es gar nicht, alles was dahin gerechnet wird, bezieht sich auf die petitorischen Klagen". Die aufgestellten Ansichten haben in der Theorie einigen aber wenigen Anklang gefunden; auf die Praxis scheinen sie bis jetzt noch ohne Einfluß geblieben zu sein, vielmehr ist in dieser, wie sich unten zeigen wird, der Streit über die Ausdehnung des römischen Besitzesschutzes durch die Spolienklage noch bis in die neueste Zeit in lebhafter Bewegung, und von diesem possessorischen Standpunkte aus ist die Klage auch hier in Betracht zu ziehen.

Um ein Urtheil über die Frage zu gewinnen, muß man sich zunächst die Gestalt, in der die Spolienklage von der früheren Theorie als Besitzklage dargestellt wurde, vergegenwärtigen. Sie galt als eine Erweiterung des römischen interd. U. V. in allen seinen Bestandtheilen, in folgender Weise:

1. Kläger ist nicht nur der Besitzer, sondern auch der Detentor.

---

1) Die Realexecution und die Obligation. 1866.

Digitized by Google

2. Verklagter ist nicht nur der Spoliant selber, sondern jedenfalls auch sein Nachfolger, wenn er spolii conscius ist; nach weiter gehender Ansicht aber jeder, der die Sache ohne Rechtsgrund in Besitz bekommen hat, nach der weitesten überhaupt jeder Besitzer, auch der bonae fidei possessor.

3. Gegenstand sind nicht nur Immobilien, sondern auch Mobilien und weiter auch aller Quasibesitz.

4. Klagegrund ist nicht nur Verlust des Besitzes durch fremde Eigenmacht, sondern überhaupt durch jede Art Widerrechtlichkeit, auch Zwang und Betrug, ja weiter auch jeder Verlust ohne eigenen Willen, also auch durch Verlieren von Sachen, Weglaufen von Thieren u. s. w. Der Klagegrund muß zwar eigentlich bewiesen werden, doch ist es wenigstens eine häufige und weit verbreitete Ansicht, daß präsumirt werde, der Verlust sei durch Spoliation oder wenigstens wider Willen eingetreten.

5. In Betreff der Einreden war die Zulassung der petitorischen Einreden stets ein Gegenstand besonders großen Streites.

Wenn man nach diesen Bestimmungen die Klage in ihrer weitesten Ausdehnung nimmt, also sie auch gegen dritte und selbst redliche Besitzer zuläßt und vom Kläger keinen Beweis der Art seines Verlustes des Besitzes fordert, so ergiebt sich, daß die Klage vollständig den Charakter einer Vindication der Sache aus bloßem Besitze, ja aus bloßer Detention annimmt. Unzweifelhaft überschreitet dies alle Gränzen eines natürlichen Systems des Besitzesschutzes. Um daher zu einem praktisch durchführbaren Resultate zu kommen, muß man entweder die weite Ausdehnung der Klage verwerfen und sie auf ein brauchbares Maaß beschränken, oder muß man ihr den possessorischen Charakter ganz nehmen und ihr eine petitorische Natur unterlegen, d. h. statt des bloßen Besitzes vielmehr bonae fidei possessio, sei es mit oder ohne

Digitized by Google

Angabe eines bestimmten Titels, als Grundlage fordern und dann auch petitorische Einreden in größerer oder geringerer Ausdehnung zulassen, so daß das Princip sich dann mehr oder weniger dem der römischen Publiciana nähert. Beide Wege sind versucht, der erste schon im 16. Jahrhunderte von Sarmiento[1]) und dann wieder von Böhmer[2]), Savigny[3]) u. a., der andere schon im Mittelalter, aber ohne klares Bewußtsein, mit deutlicher Erkenntniß des Gegensatzes erst in neuerer Zeit von Delbrück und Ziebarth[4]). Der erstere sucht auf historischem Wege nachzuweisen, daß die Eigenthumsklage des alten deutschen Rechts sich in veränderter Form in der Spolienklage erhalten habe, doch müsse man, da diese mit dem römischen interd. U. V. vermischt sei, in ihr zwei Functionen unterscheiden: eine possessorische, sofern sie gegen den Spolianten selber gerichtet sei, und eine petitorische, sofern sie gegen Dritte gerichtet sei; in der ersten enthalte sie nur einzelne Erweiterungen des römischen Interdicts, in der letzteren sei sie eine ganz andere rein petitorische und dingliche Klage[5]). Ziebarth läßt sich dagegen „auf die zweifelhaften Ergebnisse der Dogmengeschichte" nicht einglaubt im Gegentheil, daß sich eine Bestätigung seiner Auffassung durch die Rechtsgeschichte nicht behaupten lasse[6]), und sucht daher durch eine eigene „inductive Methode", die von seinen Ideen über die Bedeutung des modernen Princips der Realexecution für die Natur der Rechte ausgeht, a priori, die Nothwendigkeit zu construiren, daß man die Spolienklage nur als petitorische und dingliche auffassen dürfe, und daß die

1) S. darüber m. Besitz im Mitt. S. 348.
2) Besitz im Mitt. S. 392.
3) Besitz, §. 50.
4) In den oben S. 212 u. 213 angeführten Schriften.
5) Delbrück, dingl. Klage. S. 151. 252.
6) Ziebarth, die Realexecution S. 276. 290.

Digitized by Google

possessorischen Klagen vollständig auf den Umfang der römischen Interdicte beschränkt werden müssen, also namentlich in keiner Weise gegen Dritte zugelassen werden dürfen.

Der Punkt, um den sich hier alles dreht, ist also die Zulässigkeit der Spolienklage gegen dritte Besitzer. Delbrück und Ziebarth gründen ihre ganze Theorie übereinstimmend auf den Satz, daß eine Klage gegen den dritten Besitzer als solchen nie eine Besitzklage sein könne[1]); denn die Besitzklage stehe auch dem unredlichen Besitzer zu: lasse man sie daher gegen den redlichen Besitzer zu, so „heiße das, den Raub begünstigen auf Kosten des jetzigen redlichen Besitzers"; aber auch gegen den unredlichen dürfe man sie nicht zulassen, denn, sagt Ziebarth, „der frühere unredliche Besitz kann immer nur in Folge rechtswidriger Verletzung gegen den Verletzer Ansprüche erzeugen, nicht aber kann von zwei unredlichen Besitzern der ältere nur deshalb vorgehen, weil er früher Unrecht gethan; nie kann die bloße Thatsache, daß ein unredlicher Besitz unfreiwillig aufgehoben ist, eine Klage gegen einen dritten wenn auch unredlichen Besitzer begründen"; „die Klage gegen den Dritten kann nie Besitzklage sein, denn wenn beide nur Besitz anführen können, bleibt es beim Uti possidetis". Er fügt dann in seiner exaltirten Sprache hinzu: „Da hätte der Räuber, dem die Sache von einem Spießgesellen abgejagt wurde, 30 Jahre lang eine Klage gegen jeden neuen Räuber, und könnte sich in seiner Klage noch mit seinem Raube brüsten"; ja er geräth schließlich in eine fast komische Art sittlicher Entrüstung, indem er ausruft: „Es ist mir unbegreiflich, wie Bruns ein solches Räuberrecht lehren kann, aber es steht mit klaren dürren Worten da!" Delbrück[2])

1) Delbrück, Nachträge, S. 131. Ziebarth, Realexecution, S. 262. 271.

2) Nachträge, S. 129.

Digitized by Google

meint, es werde mir schwer werden, dieser Kritik zu begegnen. Ich kann aber auf jene jugendlich stürmischen Expectorationen des talentvollen Verfassers nur folgendes erwidern:

Wie weit eine Gesetzgebung den Schutz des Besitzes ausdehnen will, das kann sie nach verschiedenen Rücksichten verschieden bestimmen. Die Annahme von Ziebarth, daß possessorische Klagen wesentlich nur durch „absichtliche directe Verletzung des Besitzes" begründet werden können, also auf „formell rechtswidrigen Handlungen des Gegners" beruhen müssen, ist schon für das römische Recht gradezu falsch, und wenn sie für das römische Recht richtig wäre, so würde daraus nicht im mindesten folgen, daß nicht ein anderes Recht den Schutz des Besitzes weiter ausdehnen könnte. Natürlich ist aber der Schutz des Besitzes als solchen immer ein zweischneidiges Schwert, das je mehr man es schärft, um so leichter nicht blos wohlthätig, sondern auch schädlich wirken kann. Dieses Absehen von allem Rechte auf den Besitz beim Besitzesschutze hat einerseits die wohlthätige Folge, daß auch die wirklich berechtigten die Besitzklagen benutzen können um leichter und schneller zum Genusse ihres Rechts zu kommen, als es bei petitorischer Klage möglich ist; anderseits wird dadurch aber auch den widerrechtlichen Besitzern indirect ein Schutz ihres widerrechtlichen Besitzes möglich gemacht. Beides, jener Vortheil wie dieser Nachtheil, wird natürlich um so größer, in je größerer Ausdehnung der Besitzesschutz ertheilt wird. Welche von beiden Rücksichten nun eine Gesetzgebung vorherrschen lassen will, ob die Furcht vor den Nachtheilen oder die Förderung der Vortheile, und ob sie danach den Schutz ausdehnen oder einschränken will, das läßt sich so a priori nicht entscheiden, sondern hängt von allerlei historischen Zuständen und Richtungen und Erfahrungen des Rechtslebens ab. In diesem Sinne habe ich früher gesagt[1]): wenn

1) Der ältere Besitz, in Bekkers Jahrb. d. gem. deut. Rechts. 4, 68.

Digitized by Google

in einer Zeit der Gewaltthätigkeiten die Gesetzgebung glaube, den Besitzer absolut gegen Gewalt und ihre Folgen schützen zu müssen, so sei es fast nothwendig, die Besitzklagen auch gegen dritte, selbst redliche, Besitzer zuzulassen, weil sonst die Wiedererlangung so leicht durch Veräußerung vom Dejicienten verhindert werden könne. Delbrück und Ziebarth scheinen dies nicht recht verstanden zu haben. Delbrück sagt[1]), die Sache stehe grade umgekehrt; die Zulassung der Klage gegen den redlichen späteren Besitzer führe nothwendig zur Versagung der Klage für den früheren unredlichen. Ziebarth[2]) greift auch hier zu seinem Räuberargumente und sagt: „daß es in einer Zeit der Gewaltthätigkeiten fast nothwendig sein soll, den Räubern auch noch Rechtsmittel gegen die ehrlichen Leute zu geben, will mir nicht einleuchten". Beide argumentiren einseitig nur aus der Furcht vor der Gefahr, daß der Besitzesschutz dem unrechtmäßigen Besitzer zu Nutzen kommen kann, und lassen die andere Seite, den Vortheil für den rechtmäßigen Besitzer, außer Acht. Wenn aber das Gesetz den Vortheil will, muß es den Nachtheil mit in Kauf nehmen, es ist das die „unvermeidliche Consequenz", die auch Ihering für ein Hauptelement des Besitzesschutzes erklärt. Das ist auch schon bei den beschränkten römischen Besitzklagen grade ebenso, Iherings ganze Theorie beruht darauf, und die Ausdehnung der Besitzklagen gegen Dritte begründet nur eine Steigerung. Nur ist das freilich außer Zweifel, daß diese Ausdehnung in dem Umfange, den man ihr gab, über die natürlichen Gränzen des Besitzesschutzes hinausgeht und daraus folgt weiter, daß wenn sie erfahrungsmäßig den „Räubern" mehr zu Gute käme, als den „ehrlichen Leuten", sie vom Gesetze wieder beseitigt werden müßte. Natürlich kann aber eine Gesetzgebung unter Umständen den Vortheil, den

1) Nachträge, S. 131.
2) Realexecution, S. 278.

Digitized by Google

ein ausgedehnter Besitzesschutz für die rechtmäßigen Besitzer hat, unbedingt höher stellen, als den Nachtheil, der aus der Benutzung desselben von den widerrechtlichen Besitzern hervorgeht, und dann wird sie die Besitzklagen gegen Dritte zulassen trotz aller Räuberargumente von Ziebarth.

Daß gerade dieses der Standpunkt des canonischen Rechts bei dem berühmten c. Saepe. (c. 18 X. de rest. spol.) von Innocenz III. ist, darüber kann einem unbefangenen Urtheiler wohl kaum ein Zweifel sein. Die Stelle sagt:

> Saepe contingit, quod spoliatus, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium eidem spoliato, commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante iuris civilis rigore sancimus: ut si quis de cetero scienter rem talem receperit, — contra possessorem et huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.

Hier ist ganz direct der Standpunkt eingenommen, daß die Besitzklage auch gegen den dritten Besitzer, wenigstens wenn er spolii conscius ist, zugelassen werden soll, weil dadurch dem Eigenthümer die Wiedererlangung der Sache erleichtert und ihm die nachtheiligen Folgen der Gewalt abgewendet werden sollen. Wenn Ziebarth hier das Erforderniß der bona fides für die Klage unterlegt und darüber S. 263 sagt: „Freilich spricht weder das c. Saepe noch der c. Redintegranda von diesem neuen Erforderniß, aber das Gesetz **kann** nicht das Gegentheil wollen"; so ist das eine Art der Interpretation, bei der alle Geschichte aufhört, aber nicht weniger auch alle Kritik. Ein Mann wie Innocenz III. „**konnte**" manches, was nach Ziebarths sittsamer Theorie unmöglich erscheint. Selbst Delbrück ist dies ein wenig zu stark, und er „möchte (S. 131) die Vorstellung abwehren, als sei das Erforderniß der Redlichkeit durch jene Stelle neu einge-

Digitized by Google

führt". Noch bestimmter ist der ganze Standpunkt in dem Gesetze von Kaiser Friedrich II. für Neapel[1]) bezeichnet, welches sich an das c. Saepe anlehnend die Besitzklagen noch weiter auch gegen den redlichen dritten Besitzer zuläßt:

— quodam iuris rigore circa destitutores violentos inducto, quod destituto contra destituentem tantum vel eius heredes restituendae possessionis beneficio succurrebat, nec contra eum, in quem ab ipso violento transferebatur possessio, ad recuperandam eandem aliquod remedium inducebat, — disponimus: per violentiam destitutum — electionem habere, utrum ipsum destituentem — ad interesse convenire, — vel detentorem, qui ab eiectore causam habet, per quascunque manus possessio ambulaverit, sive sciens sive ignorans fuerit, possessionem recuperare velit amissam, condictione ex lege praesenti ad recuperandam possessionem ipsam indulta. Saepe enim contingebat, ut qui a possessione cadebat, dum vel probationes de dominio non habebat, — omni remedio se inveniebat exclusum.

Bei diesem Gesetze läßt sich in gar keiner Weise bezweifeln, daß es vom Besitzesschutze wegen Dejection durch das interd. U. V. ausgeht, in der Beschränkung des Interdicts auf den Dejicienten einen unpassenden „rigor iuris", sieht, und deshalb im Falle der Veräußerung der Sache vom Dejicienten dem Dejicirten die Wahl giebt zwischen der Klage gegen den Dejicienten auf Ersatz und gegen jeden späteren Besitzer, „sive sciens sive ignorans fuerit", auf die Sache selber. Als legislativer Grund wird am Schlusse angegeben, daß dadurch dem Eigenthümer die Wiedererlangung seiner Sache erleichtert werden soll. Der eigentliche Zweck des Gesetzes ist daher der Schutz der Eigenthümer, allein um ihnen die Erleichterung zu schaffen, wird der Schutz allgemein auf den Besitz gestellt,

1) Constitutiones regni Siciliae. 1, 26. Besitz im Mitt. S. 249.

Digitized by Google

daher der Schutz der Räuber als „unvermeidliche Consequenz" mit zugelassen. Das Gesetz beruht insofern in seiner Ausdehnung des Besitzesschutzes ganz auf der Ihering'schen Theorie. Ziebarths Idee, daß, sobald das Delict beim Beklagten fehlt, das Erforderniß der Redlichkeit in die Klage aufgenommen werden muß, und daß ein Gesetz das Gegentheil gar nicht wollen kann, ist mit dem Wahlrechte, was das Gesetz dem Dejicirten giebt, schlechthin unvereinbar. Das Gesetz steht mit dem von Innocenz in nahem Zusammenhange und ist nur eine Erweiterung von ihm; bei beiden Gesetzen kann daher für eine unbefangene historische Auffassung kaum ein Zweifel sein, daß beide wirklich mit vollem Bewußtsein die Absicht gehabt haben, wegen der im damaligen Leben obwaltenden Verhältnisse im Interesse der Eigenthümer die Zulassung der possessorischen Klage auch gegen dritte Besitzer einzuführen [1]).

Etwas anders liegt die Sache bei der Klage aus dem c. Redintegranda oder der sg. Spolienklage. Die Stelle hatte, wie ich früher [2]) nachgewiesen habe, bei Pseudo-Isidor nicht den Zweck, im Schutze des Besitzes eigentlich die Eigenthümer zu schützen, sondern den spoliirten Bischöfen den factischen Besitz ihrer factischen Macht wieder zu verschaffen, damit sie sich gehörig gegen ihre Ankläger und Widersacher vertheidigen könnten. Die Bestimmung war daher so recht eigentlich rein possessorisch. Daß die Klage daraus auch gegen dritte Besitzer gehen solle, ist zwar in der Stelle sel-

1) Es hilft auch nicht, wenn Delbrück und Ziebarth das Erforderniß der bona fides dadurch harmlos machen wollen, daß sie sie stets präsumiren lassen wollen. Denn der Gegenbeweis der mala fides muß stets offen bleiben, und wie lange der die Restitution einer Sache verzögern kann, zeigt der bekannte Proceß des Hrn. v. Metzsch gegen den Herzog von Dessau, in welchem das Verfahren über den Beweis der mala fides gegenwärtig bereits 8 Jahre dauert.

2) Besitz im Mitt. S. 149—155.

Digitized by Google

ber nicht ausdrücklich gesagt, indessen liegt es ihrem Zwecke nach von selber darin, und ist in andern mit ihr von Pſ.-Iſidor verbundenen Stellen auch ausdrücklich gesagt[1]). Ziebarths Räuberargument konnte einen Pſeudo-Iſidor, der sich nicht scheute, zur Erreichung seiner Zwecke ganze Reihen Gesetze zu fälschen, natürlich noch weniger abschrecken als Papst und Kaiser. Zwar hat Pſ.-Iſidor die nachherige allgemeine Klage aus dem Besitze noch nicht im Sinne gehabt, sondern nur für seine angeklagten Bischöfe sorgen wollen[2]). Allein wenn man gleich nach Gratian die Klage aus den Pſ.-Iſidoriſchen Decretalen von der Einrede aus denselben trennte, und beide allgemein für alle Kleriker und später auch für Laien zuließ[3]), so versteht sich von selbst, daß sie hier an sich dieselbe Bedeutung haben, wie bei Pſ.-Iſidor selber; und daß sie auch von der canoniſtiſchen Theorie von Anfang an und bis in's 14. Jahrhundert gar nicht anders aufgefaßt sind, darüber meine ich, kann nach dem, was von mir[4]) darüber beigebracht und von Maaßen[5]) noch vervollständigt ist, gar kein Zweifel sein. In der späteren Zeit wurden allerdings vielfach petitoriſche Elemente in die Klage aufgenommen, auf Seiten des Verklagten die Einrede des Titels oder wenigstens des Eigenthums, und auf Seiten des Klägers das Erforderniß eines Titels oder wenigstens der bona fides; indessen ist darüber stets eine solche Verschiedenheit der Ansichten gewesen, daß Ziebarth (S. 291) in der ganzen Geschichte der Klage nur ein „Bild der traurigsten Rathlosigkeit" sieht und nur „daneben manchen höchst verständigen einzelnen Rechtsspruch"

1) z. B. „dum res ab aemulis eius vel a quibuscunque aliis non sua sponte detinentur." Besitz im Mitt.S. 155.

2) Besitz im Mitt. S. 144—149.

3) Besitz im Mitt. S. 226. Maaßen, zur Dogmengesch. der Spolienklage, in Bekkers Jahrb. 3, 232, n. 11.

4) Besitz im Mitt. §. 21—23. 27. 32.

5) In dem oben n. 3 angeführten Aufsatze.

Digitized by Google

findet. Delbrück legt sich zwar aus den verschiedenen Aussprüchen seine dinglichen Klagen zurecht, muß aber doch schließlich zugestehen, daß die petitorische Anwendung der Klage den verschiedenen dagegen gemachten Angriffen zuletzt erlegen sei, namentlich seit J. H. Böhmers Verdammungsurtheil ihre Zulässigkeit auf den Fall des c. Saepe beschränkt habe. Er sagt S. 172: „von dem Augenblicke an, wo man den Satz aufgab, daß sie gegen den Dritten gehe, war die Spolienklage nicht mehr fähig, die dingliche Klage des deutschen Rechts in sich zu beherbergen". Mit andern Worten heißt das: die Spolienklage war in ihrem Ursprunge bei Ps.-Isidor rein possessorisch, und diesen Charakter hat sie auch in ihrer ersten Gestaltung in der canonistischen Theorie behalten, später wurden zwar petitorische Elemente hereingezogen, aber in unklarer und stets schwankender Weise, und zuletzt sind diese wieder ausgestoßen, und die Klage ist wieder auf das possessorische Gebiet beschränkt.

Die Frage, woher diese petitorischen Elemente stammen, mag dahin gestellt bleiben. In den Ausführungen der älteren Juristen erscheinen sie nur als ein Mittel, um die Ausdehnung der Klage, deren Maßlosigkeit für eine Besitzklage sich in der Praxis herausstellte, zu beschränken [1]). Doch ist es wahrscheinlich, daß auch Ideen und Richtungen des germanischen Rechts dabei mitgewirkt haben. Die neueste Ausführung über die Frage von Heusler [2]) stellt darüber folgende Ansicht auf: der Besitz (die Gewere) habe im germanischen Rechte zwar in keiner Weise eine dingliche Klage be-

1) So sagt Sarmiento: perperam extenditur, cum neque bona fides, nec titulus, nec dominium ipsum tueri nos possit ab illo, qui semel possedit. Besitz i. M. S. 348. Ein andres Mittel war, sie auf Kleriker zu beschränken und bei Laien auszuschließen, was noch Calderini († 1350) wollte „dicens, quod nimium esset durum, sic ampliare remedium hujus canonis. Besitz i. Mitt., S. 226.

2) Die Gewere 1872.

Digitized by Google

gründet (wie Delbrück annimmt), wohl aber habe er für den Eigenthumsproceß die Rolle des Verklagten bestimmt und damit zugleich das Recht zum Beweise, d. h. Beschwören, des Eigenthums; darum sei mit dem Eigenthumsprocesse häufig ein präparatorischer Besitzproceß zur Feststellung der Parteirollen und des Beweisrechtes verbunden gewesen; bei diesem aber sei nach dem alten Principe, daß man sich das Beweisrecht nicht durch Gewalt verschaffen könne, der durch Gewalt entzogene Besitz dem noch bestehenden rechtlich gleich gestellt; in vielen Fällen sei jedoch die Besitz- und Beweisfrage auch mit der Eigenthumsfrage einfach zusammen verhandelt und entschieden; diese Ideen seien nun von den Romanisten mit der römischen Scheidung von Possessorium und Petitorium verbunden und daraus erkläre sich:

1) daß man den Unterschied des possessorium retinendae und recuperandae possessionis oft fast ganz verwischte;

2) daß man bei beiden gleichmäßig alles Gewicht fast ganz auf den älteren Besitz legte;

3) daß man so oft die petitorischen Elemente mit in das Possessorium hereinzuziehen suchte.

Diese Auffassung hat viel ansprechendes. Ich will zwar in der deutsch-rechtlichen Begründung dem Urtheile der Germanisten vom Fache nicht vorgreifen, allein zur Erklärung der eigenthümlichen Erscheinungen in der italienischen Theorie und Praxis jener Zeit, wie ich sie früher dargestellt habe, scheint mir jene Theorie in hohem Grade geeignet. Ich glaube indessen nicht näher auf die Frage eingehen zu müssen, weil jene Vermischungen von Possessorium und Petitorium keinenfalls zu einer dauernden festen Gestaltung geführt haben, in der heutigen Praxis vielmehr die volle Scheidung beider wieder außer Zweifel ist. Danach kommt man für das heutige Recht wieder nur auf die Frage zurück, ob und wie weit man eine Erweiterung der römischen Besitz-

Digitized by Google

klagen durch die Spolienklage für das heutige Recht annehmen kann. Die ganze Frage, wie weit eine dingliche Klage nach deutschem Rechte aus dem Besitze neben der possessorischen Spolienklage begründet sei, lasse ich vollständig bei Seite.

Eine Vorfrage für die Natur der Spolienklage, die in praktischen Urtheilen öfters berührt wird, scheint die, ob die Spolienklage eine selbständige neue Klage sei, oder nur eine Modification des römischen interd. U. V.[1]). Einen eigentlich praktischen Werth darf man dieser Frage indessen nicht beilegen. Denn sobald man einerseits annimmt, daß die Spolienklage ein possessorium recuperandae possessionis sei, wie das U. V., und andrerseits daß sie in einzelnen Punkten über dasselbe hinausgehe, so ist es, da auf den Namen der Klage bei uns nichts ankommt, im praktischen Resultate völlig gleich, ob man sagt, sie sei das U. V. mit einzelnen Erweiterungen, oder sie sei eine selbständige Klage, die in einzelnen Punkten mit dem U. V. gleich sei in andern weiter sei. Die praktische Frage ist immer nur die, in welchen Punkten der Schutz des Besitzes im heutigen Rechte auf Grundlage des canonischen Rechtes und der Praxis über die Grundsätze des römischen Rechtes hinausgegangen sei. Man kann dann zwar die Besitzklage in solchen Fällen, wo sie über das römische Recht hinausgeht, Spolienklage nennen, in denen wo sie mit ihm harmonirt, interdictum U. V., allein in der Sache selber kann darauf nichts ankommen, der Sache nach giebt es überhaupt nur noch ein iudicium possessorium, was auf dem römischen Rechte beruht aber durch das canonische Recht erweitert ist. So ist das Verhältniß schon in den von Maassen[2]) veröffentlichten Glossen des Vincentius Hispanus aufgefaßt:

1) Vgl. Matthiä, Controversen-Lexikon, v. spolium, num. V. S. 373.

2) Zur Dogmengeschichte der Spolienklage, in Bekkers Jahrb. d. gem. Rechts. 3, 240.

Digitized by Google

Latius patet iudicium restitutorium (possessorium) secundum canones quam secundum leges.

Später hat man daraus zwar eine formalistische Trennungen verschiedener Klagen gemacht [1]), allein der Sache nach doch immer das römische und canonische Recht mit einander verbunden.

Von diesem Standpunkte aus sind daher die einzelnen Elemente der Klage durchzugehen.

§. 21.
Kläger.

Nach der Uebersicht, die oben S. 213—4 über die Erweiterungen des U. V. durch die Spolienklage gegeben ist, ist die erste Frage die, ob sie vom Besitzer auch auf die bloßen Detentoren ausgedehnt ist. Die Frage greift eigentlich viel weiter und geht allgemein dahin, ob der Besitzesschutz überhaupt vom eigentlichen Besitze auf die bloße Detention ausgedehnt sei. Sie umfaßt daher eigentlich auch das interd. U. P. und den negatorischen Schutz. Indessen ist sie bei dem recuperatorischen Schutze der Spolienklage vorzugsweise entwickelt, und soll daher bei ihrer großen Wichtigkeit für Praxis und Gesetzgebung auch hier bei dieser genauer untersucht werden.

Der Stand der Frage ist im allgemeinen folgender: Das römische Recht giebt dem Detentor die Besitzklagen, namentlich das U. V., entschieden nicht [2]). Der can. Redint. bei Ps.-Isidor spricht zwar sehr allgemein und unbestimmt, allein seinem eigentlichen Principe nach geht er auch nur auf Besitz, nicht auf Detention [3]). So ist er auch anfangs in der canonistischen Theorie aufgefaßt. Schon bei Durantis findet

1) S. darüber Besitz im Mitt. S. 222.
2) Besitz im Mitt. S. 63—66.
3) Besitz im Mitt. S. 152—3.

Digitized by Google

sich aber die Ausdehnung auf die Detention, und diese ist dann in Italien fast allgemein angenommen, wenn auch nie unbestritten [1]). Ebenso in Deutschland bis in das 18te Jahrhundert. Von da an und namentlich seit Savigny [2]) hat sich die Theorie wieder überwiegend für das römische Princip erklärt, und auch die Praxis ist ihr darin wenigstens zum Theil gefolgt. So ist namentlich dem Pächter als Detentor die Spolienklage abgesprochen in Entscheidungen der obersten Gerichte von Celle 1842, Darmstadt 1849, Rostock 1865, Lübeck 1871 [3]), München [4]). In Wolfenbüttel ist dagegen in zwei Erkenntnissen von 1859 und 1864 dem Detentor die Klage gegeben, falls er in eigenem Interesse detinirt, daher namentlich dem Pächter, diesem auch gegen seinen Verpächter [5]). Von den neueren Gesetzbüchern geben das preußische [6]) und sächsische [7]) die Besitzklagen auch dem bloßen Inhaber, dagegen das österreichische [8]) und französische [9]) nicht, das italiänische giebt ihm die recuperatorische aber nicht die negatorische [10]).

1) Besitz im Mitt. S. 231. Menochi, comment. de poss. XV. n. 49—54.

2) Besitz. S. 393. 417—8.

3) Seufferts Archiv, 1, 225; 26, 11; 22, 147.

4) Roth, bayr. Civilr. §. 134. n. 61.

5) Seufferts Archiv. 25, 7; 24, 212.

6) Preuß. L. R. 1, 7, 146. 169. 170. Förster, Preuß. Privatr. §. 162.

7) Sächs. Gesetzb. §. 208. 209.

8) Oesterr. Gesetzb. 309. 339. Randa, Besitz n. österr. Rechte. S. 70—77. Doch ist die Frage bestritten.

9) Code de proced. 23. Vgl. darüber Besitz im Mitt. S. 445—50. Man neigt aber dazu, wenigstens die recuperatorische réintegrande auch dem Pächter zu geben, und sucht dies dadurch möglich zu machen, daß man die réintegrande von den actions possessoires des art. 23 ganz auszuscheiden sucht. Alauzet, histoire de la poss. et des actions poss. 1849. p. 270—273. Carré, lois de procedure. 4me edit. 1872. p. 109. 113.

10) Der cod. civile 694. 695. unterscheidet „manutenzione" gegen „molestie" und „reintegrazione in caso di spoglio". Die erstere ist nur für den „possesso legitimo" (con animo di tener la cosa come

Digitized by Google

Unverkennbar hat hiernach die moderne Zeit eine gewisse Neigung, den Besitzesschutz auf die Detention auszudehnen. Dabei liegen Elemente des deutschen Rechts mit zu Grunde, doch ist dem deutschen Rechte der Unterschied von Besitz und Detention keineswegs fremd. Es behandelte ihn aber bei den Immobilien anders als bei den Mobilien. Bei den ersteren hat das deutsche Recht für die Rechte auf volle Benutzung fremden Gutes weder den römischen Begriff der quasi possessio noch den des abgeleiteten Besitzes, sondern wer das Gut in der Nutzung (in nut unde in gelde)[1]) hat, der hat die Gewere daran und insofern den Besitz. Darum haben der Vasall nach Lehnrecht, der Bauer nach Hofrecht, der Leibzüchter, der Ehemann u. a. gleichmäßig das Gut in der Gewere, und werden daher romanistisch als Besitzer aufgefaßt. Indessen ist damit der Unterschied von Besitz und Detention nur verändert, aber nicht aufgehoben; denn keineswegs hat jeder Detentor als solcher auch die Gewere, der bloße Verwalter, der Vormund, ja auch der Miethsmann haben keine Gewere, den ersteren ist fremde Gewere „bevolen", der letztere sitzt in fremder Gewere[2]).

Bei den Mobilien fällt die Gewere zwar vollständiger mit der Detention zusammen, wer die Sache freiwillig in fremde Detention giebt, überträgt damit die Gewere auf diesen, und nur dieser hat dann bei unfreiwilligem Verluste die Klage daraus. Die Beschränkung auf Detention zu eigenem Interesse, die ich früher behauptet habe, läßt sich nicht durchführen, ist wenigstens nur particulare Modification

propria, 686), die letzteren für den „possesso, qualunque esso sia". Darunter wird alle Detention verstanden. Mazzoni, istituzioni di diritto civile italiano, lib. 2. §. 345. 346. 378. 400.

1) Sachsenſp. Lehnrecht, 14, 1. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach d. sächs. Rechtsquellen d. Mitt. S. 160–6. Heusler, Gewere, S. 115.

2) Laband, S. 161. Heusler, S. 117.

Digitized by Google

späterer Zeit. Allein darum ist die Recuperationsklage beim unfreiwilligen Verluste von Mobilien doch nicht der römischen Besitzklage parallel zu stellen und zur Grundlage einer Gleichstellung von Besitz und Detention zu machen. Die Natur der deutschen Mobilienklage ist noch immer nicht im klaren. Jede neue Bearbeitung bringt eine neue Ansicht. Allerdings ist durch die gründlichen Untersuchungen von Laband[1]) das außer Zweifel gestellt, daß die Klage keine dingliche Klage aus dem Eigenthum oder einem sonstigen Rechte an der Sache oder aus dem älteren Besitze ist, sondern einfach eine Klage auf Rückgabe einer dieblich oder sonst widerrechtlich entzogenen Sache. Heusler[2]) charakterisirt sie näher als ein bloßes executorisches Beitreiben gestohlener Sachen. Daraus folgt, daß jeder, aus dessen Händen, also aus dessen Detention, die Sache fortgenommen oder wider seinen Willen fortgekommen ist, die Klage anstellen kann, und der Eid, daß die Sache „sein" sei, nicht das Eigenthum sondern nur die Feststellung der Identität der Sache bedeutet[3]). Insofern wäre die Klage also wirklich rein possessorisch, oder, wenn man so sagen will, rein detentorisch.

Allein damit ist ihre Natur nicht abgeschlossen. Es kommt noch auf die Möglichkeit der Vertheidigung an, und bei dieser scheint mir Labands Ausführung nicht überzeugend. Er meint S. 119, die Vertheidigung könne immer nur in einer „motivirten Verneinung des Klagfundaments"

1) Die vermögensrechtlichen Klagen n. d. sächs. Rechtsqu. d. Mitt. 1869. §. 12—16.

2) Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe im deutschen Rechte. 1871.

3) Dies ist Labands Ansicht, S. 112. Ich kann sie nicht widerlegen, aber so recht paßt sie zu manchen Stellen nicht, z. B. wenn es heißt, daß die Sache sein sei mit mehr Recht als Jemand anderes, oder billiger denn Jemand anderes (Besitz i. M. S. 314). Laband sagt auch selber S. 115, der Eid sei oft eine Art Gefährde-Eid und fordere, daß sich wenigstens der Kläger selbst ein Recht auf den Besitz zuschreibe.

Digitized by Google

bestehen, d. h. in positiven Behauptungen, durch die das Vorgeben des Klägers, die Sache sei ihm wider Willen abhanden gekommen, widerlegt werde; dagegen würde die Zulassung der Einrede des Eigenthums oder sonstigen Rechts auf die Sache eine „arge Incongruenz" sein, da sie die Vertheidigung auf eine Basis stellen würde, die sich mit dem Klagfundamente nicht decke. Allein diese Argumentation beruht darauf, daß Laband das Klagfundament zu abstract formulirt, wenn er es auf alle Sachen stellt, die dem Kläger „wider seinen Willen abhanden gekommen sind". So abstracte Begriffe bildet überhaupt kein Volksrecht, und hier hat Laband selber vorher gründlich nachgewiesen, daß der Ausgang für die ganze Mobilienklage Diebstahl und Raub ist, und daß alle die andern Fälle sich auf diebliches und rechtswidriges Behalten reduciren, so wenn man gefundene, zugeschwemmte, im Irrthum mitgenommene, Dieben abgenommene Sachen, zugelaufene Thiere u. s. w. nicht herausgeben will. Alles sind Fälle einer materiell widerrechtlichen Aneignung von Sachen, die einem nicht gehören. Dagegen ist der Fall nirgend erwähnt, wenn der Eigenthümer seine eigene Sache dem Diebe wieder abnimmt, oder ebenso dem Finder, dem Leiher, dem Depositar u. s. w., sei es heimlich oder offen, und sei es einfach ohne sein Wissen oder im directen Gegensatze zu seinem erklärten Willen, ja selbst mit Gewalt, also überhaupt der ganze Kreis der Selbsthülfe im weiteren Sinne. Selbsthülfe ist kein Diebstahl, nach deutschem Rechte so wenig wie nach römischem, und darum ist die Einrede des Eigenthums eine directe Vertheidigung gegen die Behauptung des Diebstahls, wenn auch nicht gegen die Behauptung der Wegnahme der Sache wider Willen des Klägers. Laband hat diese Frage nicht direct berührt, sie ist aber für die Feststellung der Natur der Klage von entscheidender Wichtigkeit. Ich habe früher nachzuweisen versucht, daß die Selbsthülfe beim Eigenthume

Digitized by Google

nach germanischem und deutschem Rechte nicht zur Restitution der Sache verpflichtet, sofern man bei der Klage des Gegners auf die Rückgabe sein Eigenthum beweist, und daß daher die Einrede des Eigenthums, die sich mehrfach findet, selbständig aufzufassen ist und nicht blos als Widerlegung der Wegnahme der Sache[1]). Ich habe darin mehrfache Zustimmung gefunden[2]), und bin auch durch die Darstellung Labands (§. 17) nicht vom Gegentheil überzeugt.

Der Sachsenspiegel, 2, 36, 3, sagt von der Einrede des Eigenthums:

> Sprikt aver jene dar weder, of it laken is, he hebbe't geworcht laten, of it en perd is, he hebbe't in sime stalle getogen, he mut it mit mereme rechte behalden, — denne jene de't anegevanget hevet.

Damit ist nur der Erwerb des Rechts bezeichnet, nicht die Wegnahme als solche widerlegt. Der Richtsteig, 17, 3, der den Fall gleichfalls bespricht, läßt gegen die Einrede bekanntlich die Replik zu:

> dat de wulle, dar it of gewracht si, eme vorstolen were,

Damit wird jedoch nur die Behauptung des Eigenthums durch die Behauptung eines weiter zurückliegenden Diebstahls angegriffen. Daß man aber das Eigenthum des Verklagten zugestehen und dann dennoch die Klage auf Verlust wider Willen gründen kann, läßt sich daraus nicht ableiten. Doch wäre das nothwendig, wenn die Klage schlechthin durch jeden solchen Verlust begründet wäre und der Verklagte sich nur durch die Widerlegung dieser Behauptung befreien könnte. Laband sucht dies freilich S. 121 indirect dadurch zu begründen, daß der Einrede regelmäßig eine solche Fassung ge-

1) Besitz im Mitt. S. 294 - 300.

2) Sohm, Proceß der Lex Salica. S. 103 ff. Bethmann-Hollweg, der Civilproceß d. gem. Rechts. Bd. 4. S. 43 n. 16.

Digitized by Google

geben werde, die den „ununterbrochenen Besitz der Sache seit ihrer Entstehung (bis zur Klage) andeute". Den Beweis dafür findet er in einer Formel, die sich im Culmischen Rechte (3, 129) und mehreren andern bei eingeklagten Thieren findet, wonach der Verklagte beweisen, namentlich schwören soll:

das her das pfert von yogunt uf habe getzogen und das is noch syn sy.

Allein dies ist nur eine etwas breitere Fassung für den einfacheren Ausdruck des Sachsenspiegels:

he hebbe't in sime stalle getogen.

In nordischen Rechten[1]), die hier mit dem altdeutschen ganz gleichen Standpunkt haben, heißt es:

at han hemae födde[2]).

at thaet aer hans raettae hemaeföd[3])

im angelsächsischen[4]):

thaet hit on his aethe geboren waere[5]).

Im Sachsenspiegel ist es mit der Anfertigung von Leintüchern parallel gestellt und bei beiden nur gesagt:

he hebbe't geworcht laten

he hebbe't in sime stalle getogen

ebenso im Richtsteige:

desse have heb ic sulven getogen, odder werken odder maken laten.

Diese vollständige Parallele der Thiere mit den Sachen zeigt deutlich, daß es hier nur auf den Erwerb des Rechts und nicht auf den fortgesetzten Besitz ankommt. Noch deutlicher tritt dies in den nordischen Quellen, die ich schon früher

---

1) Ich habe die Stellen vollständiger im Besitz im Mitt. S. 290. 293 gegeben.

2) d. h. daß er (es) daheim zog.

3) d. h. daß das ist sein rechtes Daheimgezogenes.

4) Besitz im Mitt. S. 289.

5) d. h. daß es auf seinem Eigenthume geboren wäre.

Digitized by Google

hierfür zusammengebracht habe [1]), hervor, wenn dort bei den Thieren noch hinzugefügt ist, daß sie beim Verklagten Milch von Mutterbrust sogen, bei Sklaven, daß sie bei ihm in Windeln und Wiegen gelegen, bei Kleidern und Waffen, daß er sie neu und ungenutzt (nyt ok onöt) hatte. Daß die breitere Fassung in der Stelle des Culmischen Rechts keinen andern Sinn ausdrücken will, zeigt sich, wenn man folgende weitere Formeln vergleicht, die sich in verschiedenen Rechten finden:

dat he idt getagen hebbe, und — dat idt sin hebbe wesen levendig und doet [2]);

das er es tot und lebennde habe gezcogen [3]);

dat it in sime stalle were levendich unde dot, unde dat it darinne gevodet [4]) were [5]);

her habe is tot und lebende uf synem myste von yogunt uf getzogen [6]).

Das ist alles nur Erweiterung der einfachen Form des Sachsenspiegels. Hätte man damit die Widerlegung der factischen Wegnahme bezeichnen wollen, so würde man die Erweiterung nach dieser Richtung hin gefaßt haben, statt so werthlose Formeln beizufügen.

Das Resultat für die Natur der Mobilienklage ist folgendes. Sie ist nicht eine Klage abstract aus Verlust der Sache wider Willen, sondern wesentlich aus materiell widerrechtlicher Aneignung der Sache. Sie steht daher zwar jedem Detentor ausnahmslos zu, allein der Verklagte hat zur Widerlegung der Widerrechtlichkeit die Einrede des Eigenthums. Der Eigenthümer also, der seine Sache dem Depositar, Commodator, ebenso dem Diebe, Finder u. s. w. eigen-

1) Besitz im Mitt. S. 289. 293.
2) Stadtrecht von Bremen, Ord. 61. (ed. Oerlichs) Verden, 149.
3) Weichbildrecht, 91.
4) Dies ist das nordische hemae födde oben S. 232. n. 2. 3.
5) Lübisches Recht, Ced. II, 82.
6) Culmisches Recht, 3, 129. Schöffenurtheil bei Böhme, 6, 99.

Digitized by Google

mächtig wegnimmt, kann nicht wirksam verklagt werden, wenn er sein Eigenthum beweist. Hat er es derivativ erworben, so muß er seinen auctor als Gewereu stellen und diesen beweisen lassen. Bei deutschrechtlichen Sätzen giebt unser modernes Laien-Bewußtsein häufig eine Art Bestätigung. Ich frage, ob unser Volk dem Depositar, dem Finder u. a., dem der Eigenthümer die Sache wieder weggenommen hat, eine Klage auf Rückforderung gegen diesen geben wird, falls dieser sein Eigenthum beweisen kann?

Nach diesen Feststellungen ist nun die Bedeutung zu bestimmen, die dem germanischen und altdeutschen Rechte für die Ausdehnung des Besitzesschutzes auf die Detentoren beigelegt werden kann. Man muß dabei zunächst davon ausgehen, daß die römischen Unterschiede von possessorium und petitorium, dinglichem und persönlichem Recht, Besitz und Quasibesitz und Besitz und Detention im allgemeinen jedenfalls vollständig in das heutige Rechtsleben aufgenommen und die Grundlage der betreffenden Verhältnisse geworden sind, die deutsche Gewere als solche aber keine unmittelbare Geltung behalten hat. Dem entsprechend ist darüber gar kein Zweifel, daß bei den Immobilien der petitorische und possessorische Schutz in den Formen des römischen Rechts ertheilt wird, also vom Standpunkte des Besitzes und Quasibesitzes und des ursprünglichen und abgeleiteten. Dadurch werden aber die Fälle, wo das deutsche Recht eine Gewere an Immobilien hatte, vollständig gedeckt, da überall, wo das deutsche Recht eine selbständige „Nutzung", also Gewere, hat, nach romanistischer Auffassung jedenfalls dingliches Recht mit Quasibesitz angenommen werden kann und muß. Wenn daher für die übrigen Detentoren, also Verwalter, Miether, Pächter u. s. w. nach deutschem Rechte keine Gewere stattfindet, so liegt wenigstens im germanischen Rechte als solchem kein Grund, die römischen Besitzklagen für sie zu verlangen. Ob sonst

Digitized by Google

moderne Ansichten, Billigkeit und Zweckmäßigkeit dafür sprechen, ist eine andere Frage, wovon nachher.

Bei den Mobilien liegt die Forderung einer Besitzklage für die Detentoren allerdings viel näher. Denn allerdings war die alte Mobilienklage der obigen Ausführung nach, wenn man sie in römische Begriffe einreihen will, eine Klage aus der Detention als solcher und ihrem Verluste, resp. ihrer Aneignung von Dritten wider Willen des Detentors. Insofern ließe sie sich der römischen Besitzklage vollständig anreihen. Allein nun kommt das andere Element, was eben so wesentlich ist, nämlich die Zulässigkeit der Einrede des Eigenthums, (oder überhaupt der petitorischen Einreden) und darin liegt ein unheilbarer Widerspruch mit der Grundidee des römischen Possessorium. Beide Klagen sind ihrer Idee nach absolut unvereinbar. Daß petitorische Einreden in die römischen Besitzklage nicht aufgenommen werden können, wird kaum Jemand läugnen; eher wird man sagen, daß sie bei der deutschen Klage gestrichen werden könnten. Allein damit würde das ganze Wesen derselben verkehrt werden. Sie ist aus der Idee des Diebstahls und nicht aus der Idee der Selbsthülfe hervorgegangen. Ein Gegensatz von Besitz und Eigenthum ist ihr ganz absolut fremd. Sie will das Unrecht des Diebstahls rasch beseitigen, nicht aber das Recht des Eigenthumes lähmen und formell beschränken. Die ganze Ausdehnung der Klage auf alle Detentoren wird grade nur durch die Zulassung der Einrede des Eigenthums erklärt, wie auch gerechtfertigt. Ohne sie wäre sie an sich unsinnig und für einen Rechtszustand wie den germanischen völlig unbegreiflich. Daß der Eigenthümer wenigstens seinem eigenen Vertreter die Sache auch wider dessen Willen nehmen kann, ist ein Satz, den das römische Recht nie aufgegeben hat, und den auch das preußische Landrecht, obgleich es sonst

Digitized by Google

alle Detention schützen will, festgehalten hat [1]). Wie könnte er im germanischen Rechte gefehlt haben! Er ist daher für die ganze Idee der alten Klage absolut wesentlich, und wollte man ihn, um sie in ein römisches Possessorium umzuwandeln, streichen, so würde man etwas ganz anderes aus ihr machen, als sie ihrem Wesen nach war, man würde dem Detentor bei weitem mehr Recht geben, als er haben sollte, und das Eigenthum empfindlich beschränken. Das kann man kein Conserviren alter Volksansichten nennen, es wäre ein sinnloses Durcheinanderwerfen widersprechender Principien!

Aber die moderne Praxis und Gesetzgebung hat doch nun einmal unverkennbar die Neigung, die Detention zu schützen. Irgend einen vernünftigen Grund hat ein solches Streben immer. Man muß ihm also weiter nachgehen. Mitwirkend ist dabei unzweifelhaft der alte historische Schutz der Detention gewesen, allein ohne einen modern praktischen Grund würde die Geschichte allein nicht ausreichen. Der moderne Grund liegt aber natürlich in nichts anderem, als daß der Detentor in fremden Namen neben dem fremden Interesse eben auch ein eigenes selbständiges Interesse bei der Detention haben kann, und dieses auch einen selbständigen Schutz fordert. Alles Recht und alle Klagen sind zum Schutze der Interessen da, und wo ein wirkliches rechtliches Interesse ist, muß auch eine Klage möglich sein. Das ist modernes Princip, und dem widerspricht es, daß z. B. der Miether oder Pächter bei Störungen oder Entziehungen Dritter zum Schutze seines Pachtinteresses ganz auf die Vermittlung des Vermiethers oder Verpächters angewiesen sein soll. Jeder weiß, wie weitläufig das oft sein kann, wie es durch Säumigkeit des Verpächters verschleppt werden kann. Noch dring-

1) 1, 7, 144: „Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen."

Digitized by Google

licher fast ist der Fall, wo der Detentor ein Retentionsrecht wegen Impensen oder sonst hat. Hier hat er nicht einmal die Vermittlung durch den Herrn der Sache und ist daher ganz ohne Schutz.

Faßt man die Frage von diesem Standpunkte auf, so scheiden sich zunächst die Fälle, wo man nur in fremdem Interesse detinirt, wie Depositare und Verwalter, und die, wo man die Sache ganz oder zum Theil zu eigenem Interesse in Detention hat, wie Pächter und Leiher. Im ersteren Falle ist kein Grund zu einer besonderen Klage. Denn ist hier der Dominus anwesend, so kann er selbst klagen, und ist er abwesend, so kann schon nach römischem Rechte der vertretende Detentor die Klage für den Dominus anstellen [1]). Eine eigene Klage ohne eigenes Interesse hat keinen Grund und könnte nur störende Collisionen mit der Klage des Dominus herbeiführen. Wenn man sich auf das altdeutsche Recht beruft, so vergißt man, daß nach dem Grundsatze „Hand muß Hand wahren" der Dominus gegen Dritte gar nicht klagen konnte, sondern eben nur der Detentor. Daß aber nach römischem Rechte aus der Dejection des detinirenden Vertreters der eigentlich besitzende Dominus klagen kann, ist bekannt.

Jedenfalls ist also der Detentionsschutz auf die Detention zu eigenem Interesse zu beschränken, also namentlich Miethe und Pacht und Retentionsrecht. Hier tritt jene Collision nicht ein. Denn wenn man die Klage auf den Schutz des eigenen Interesses des Detentors beschränkt, so findet dasselbe Verhältniß statt, wie beim Nießbrauche, wo auch sowohl der Eigenthümer als der Nießbraucher das Interdict haben, jeder bis zum Maaße seines Besitzes und Interesses [2]). Das Hauptbedenken gegen die Besitz-

1) Nach dem oben S. 92 besprochenen Constantinischen Gesetze.

2) „Permiscerī causas possessionis et ususfructus non oportet, — neque impediri possessionem si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat". L. 52 pr. de poss.

Digitized by Google

klage des Pächters beruht auf ihrer Unvereinbarkeit mit der römischen Miethe. Denn daß die Römer dem Pächter keinen Besitzesschutz gegeben haben, ist nur eine Folge ihrer rein obligatorischen Auffassung der Miethe. Danach hat der Miether und Pächter kein anderes Recht und darum auch keinen anderen Willen, als daß der Verpächter ihm die Sache zum „uti frui" prästire und er dann aus dessen Person heraus die Benutzung der Sache ausübe. Unmittelbar selbständig ohne oder gar gegen den Willen des Vermiethers die Sache zu haben, giebt die Miethe kein Recht, und eben darum hat der Miether nach römischer Auffassung keinen eigenen Besitz und Besitzesschutz; jede Störung und Entziehung der Benutzung wird rechtlich stets auf die Person des Vermiethers bezogen, nur dieser hat die Klage daraus, der Miether kann sich nur an ihn halten, gegen ihn selber aber hat er kein anderes Recht als seine Miethobligation. Man streitet, ob diese Auffassung der Miethe „natürlich" sei. Degenkolb[1]) erklärt sich dagegen und hält ein dingliches Element in der Miethe für natürlicher. Vom Standpunkte einer objectiv über den Parteien stehenden legislativen Zweckmäßigkeit aus ist das gewiß richtig. Wenn man sich aber die erste Entstehung und Bildung des Miethbegriffes im Volksleben vergegenwärtigt, so ist es das einfachste und insofern auch das natürliche, daß der Vermiether dem Miether nicht mehr Recht einräumt, als nothwendig ist, um den Zweck der Miethe, das frui, zu erreichen. Dazu reicht aber die römische Obligation des Vermiethers unzweifelhaft aus. Allerdings ist es für den Miether bequemer und vortheilhafter, ein „dingliches Element" in seiner Miethe zu haben, allein an sich kann die Miethe auch ohne das sein, wie das römische Recht zeigt. Und auch das alte deutsche Recht hatte diesen Standpunkt

1) Platzrecht und Miethe. S. 150—54.

Digitized by Google

wenigstens bei den Immobilien, da es dem Pächter keine Gewere gab. In diesem Sinne also schließt der natürliche Begriff der Miethe das dingliche Element nicht in sich. Mag dem indessen sein, wie ihm will, jedenfalls ist der römische Standpunkt der Miethe im allgemeinen bei uns angenommen, und insofern paßt die Besitzklage des Pächters nicht zum Rechte der Miethe. Will man sie dennoch zulassen, so handelt es sich in Wahrheit nicht sowohl um eine Ausdehnung des Besitzesschutzes auf die Detention, als um eine Annäherung der Miethe an die Begriffe von Besitz und dinglichem Rechte. Daß im modernen Rechtsbewußtsein eine solche Hinneigung zu einer so zu sagen Verdinglichung der Miethe oder Verselbständigung des Miethrechtes stattfindet, die im preußischen Landrechte zur vollen Ausbildung gekommen ist, ist gar nicht zu läugnen, und von diesem Standpunkte aus läßt sich dann auch die Spolienklage des Pächters und Miethers in der Praxis erklären und als moderne Rechtsbildung rechtfertigen.

Dasselbe Princip muß man dann aber analog auch beim Commodatar und allen anderen Fällen von Detention zu eigenem Interesse annehmen, und namentlich auch bei den Fällen von Detention mit Retentionsrecht wegen Impensen oder sonst. Daß ein Detentor mit Retentionsrecht rein als solcher, d. h. ohne daß er sonst schon an sich wirklicher Besitzer ist, keinen Besitz und keinen Besitzesschutz hat, ist außer Zweifel[1]). Wenn Luden[2]) das Gegentheil sagt, so ist es nur, weil er nur bei eigentlichen Besitzern ein Retentionsrecht zulassen will[3]). Der Grund ist, weil das Retentionsrecht überhaupt gar kein selbständiges Recht an der Sache oder auf sie ist, sondern nur negativ in dem vorläufigen Nichtherausgebenmüssen und dessen Schutz durch Einrede besteht.

1) Schenk, Retentionsrecht. S. 302–5.
2) Retentionsrecht. §. 29. 30.
3) Retentionsrecht, §. 13.

Digitized by Google

Doch aber gewährt es nach Umständen dem Detentor factisch einen großen oft unersetzlichen Vortheil, und ein possessorischer Schutz erscheint daher häufig nicht nur als billig, sondern selbst als eigentliches Bedürfniß. Die Römer erkennen dies selber an, wenn sie z. B. dem Commodatar, der wegen Impensen ein Retentionsrecht hat, eine actio furti gegen den Commodanten geben, wenn dieser ihm die Sache heimlich wegnimmt [1]), indem sie das als ein furtum possessionis behandeln. Indessen setzt dies doch immer den animus furandi beim Thäter voraus, und von einer Klage gegen Dritte findet sich keine Spur, wenn auch die actio ad exhibendum nach Umständen zulässig ist. Die moderne Praxis ist einem solchen unvollständigen nur exceptivischen Rechtsschutze nicht günstig, und hat daher nie Bedenken getragen, die Spolienklage zum Schutze des Retentionsrechtes zuzulassen [2]). Man wird dieses nach dem oben eingenommenen Standpunkte nicht mißbilligen können. Indessen entsteht hier wie in allen obigen Fällen die Frage, wie diese ganze Ausdehnung des Besitzesschutzes mit dem allgemeinen Begriffe und Principe des Besitzes zu vereinbaren sei.

Soll man den Besitzesschutz der Detentoren mit eigenem Interesse im römischen Besitzsysteme unter den Gesichtspunkt der corporis oder iuris possessio stellen? Man hat oft gesagt, durch die Spolienklage sei der Besitzesschutz vom Besitze auf die Detention übertragen und hat dann beide einfach neben einander gestellt. Allein wenn die Detention als solche geschützt wird, so hört der Schutz des Besitzes als solchen auf; denn Detention ist der allgemeinere Begriff, der

4) L. 59 de furtis: — „nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius, potius per retentionem eas servare, quam ultro commodati agere".

2) G. L. Boehmer, de iure retentionis. §. 15. Electa iur. civ. 2, 641.

Digitized by Google

den Besitz als Detention mit animus domini unter sich faßt. Wenn daher der Detentor schon als solcher geschützt wird, so kommt auf seinen animus nichts an, und folglich wird dann auch im Besitze eigentlich nur die Detention geschützt. In ihrer vollen Consequenz hebt also jene Idee das ganze römische System des Besitzesschutzes auf. Im preußischen Landrechte ist dieses zwar geschehen, wenn auch mit gewissen Beschränkungen, indessen hat das gemeine Recht gewiß keinen Grund, hier dem preußischen Rechte zu folgen, da es, abgesehen von anderem, zu der schon oben besprochenen Consequenz führt, auch dem Detentor in fremdem Namen ohne eigenes Interesse eine Klage auf eigenen Namen, also für ein nicht vorhandenes Interesse, zu geben. Die Grundidee alles Besitzesschutzes kann immer nur die sein, das Interesse des Habens zu schützen, setzt also wesentlich den Willen, irgendwie für sich und zu eigenem Interesse zu haben, voraus.

Hält man am römischen Besitzbegriffe fest, so scheint die Analogie vom abgeleiteten Besitze den nächsten Anhalt für den Schutz der Detention zu geben. Nutzung und Sicherung sind überhaupt die beiden Zwecke bei allem Rechte und Besitze an fremden Sachen. Beides findet sich auch beim abgeleiteten Besitze in den Fällen von Precarium und Pfand, und dem sind bei der Detention die Fälle von Gebrauchs- und von Retentionsrechten entsprechend. Das preußische Recht hat daher alle diese Fälle unter den Begriff des „unvollständigen" Besitzes zusammengefaßt. Für das römische Recht ist dies nicht möglich, weil dieses einmal die Scheidung von abgeleitetem Besitze nnd Quasibesitze mit Detention hat und die Fälle darunter vertheilt sind. Der abgeleitete Besitz ist nun aber überhaupt kein Begriff, der für dogmatische Constructionen geeignet ist. Wir haben gar kein festes dogmatisches Princip für ihn, er bildet nur eine äußere Kategorie, um einzelne noch unerklärte Anomalien darunter zusammenzufassen.

Digitized by Google

Man kann weder die Idee der willkürlichen Uebertragung des Besitzes zu Grunde legen, noch das Princip der Detention fremder Sachen zu eigenem Nutzen. Zur ersterem paßt die Ausschließung bei der Miethe nicht, zu letzterem nicht die Aufnahme des Sequesters und die Ausschließung des Usufructuars [1]).

Demnach giebt die römische corporis possessio keinen Boden, auf dem man den possessorischen Schutz der Detention aufbauen könnte. Es wäre nur möglich, wenn man den ganzen Begriff des Besitzes überhaupt anders faßte, etwa mit Böcking u. a. das Element des animus domini verwürfe und einen allgemeinen animus rem sibi habendi an die Stelle setzte. Wenn man darunter dann alles Haben zu eigenem Interesse versteht, so hat man allerdings einen Begriff, der den Besitz animo domini, sowie den abgeleiteten, und alle Nutzungs- und Sicherungs-Detention gleichmäßig in sich schließt. Es ist das der Standpunkt des preußischen Rechts: dieses bezeichnet den Besitz im Gegensatze von bloßer Innehabung (Detention) als Gewahrsam mit der Absicht, für sich über die Sache zu verfügen, und unterscheidet dann vollständigen und unvollständigen Besitz, jenachdem man die Sache als „sein eigen besitzt" oder „zwar als fremdes Eigenthum aber doch in der Absicht für sich selbst darüber zu verfügen". [2]) Danach erscheint jede Detention zu eigenem Interesse als wirklicher, nur unvollständiger, Besitz und kann als solcher die Besitzklagen begründen. Für das römische und gemeine Recht ist diese Auffassung nicht möglich; hier sind Precarium Nießbrauch und Miethe, obgleich sie alle drei der Sache nach gleichmäßig auf Gebrauch und Nutzung gehen, so scharf als

1) Ob Jemand in der mir nicht verständlichen Ausführung von Rudorff (zu Sav. num. 39) über den abgeleiteten Besitz ein Princip finden wird, lasse ich dahin gestellt bleiben.

2) Pr. LR. 1. 7, §. 1—7.

Digitized by Google

Sachenbesitz, Quasibesitz und bloße Detention unterschieden, daß es nicht möglich ist, sie auf einen Begriff zu reduciren.

Hiernach ist der einzig mögliche Standpunkt, den man einnehmen kann, der des Quasibesitzes in der Analogie vom Nießbrauche. Der Miether, Pächter u. s. w. werden nicht im Besitze der Sache, sondern im Quasibesitze ihres Rechtes geschützt, wie der Nießbraucher. Die Aenderung besteht also nicht in der Uebertragung des Besitzesschutzes vom Besitze auf die Detention, sondern in der Annahme eines Quasibesitzes bei der Miethe u. s. w. Nach römischem Rechte war diese Annahme nicht möglich, weil danach der animus des Miethers direct nur auf die Verpflichtung des Vermiethers gerichtet ist, und er die Sache selber nur indirect aus dessen Person haben und nutzen will, sein Habenwollen der Sache daher für Dritte sowohl als den Vermiether selber gar keinen äußern Angriffspunkt bietet. Die moderne Praxis hat sich dies populärer gedacht und angenommen, daß der Pächter die Sache wegen und bis zum Maaße seines Pachtrechtes unmittelbar haben und nutzen will, und in dieser Ausübung seines Pachtrechtes sowohl gegen Dritte als den Verpächter selber geschützt sein will. Sie hat ihm allerdings kein dingliches Recht mit actio in rem gegeben, aber doch sein Verhältniß insoweit verdinglicht, daß die Ausübung seines Rechts auch Dritten gegenüber real hervortritt, und damit Gegenstand eines Angriffes und Schutzes werden kann.

Man könnte einwenden, diese Auffassung entspreche der Geschichte nicht, da die Spolienklage des Pächters stets als Klage direct für seine Detention vom Standpunkte des Sachenbesitzes aus behandelt sei. Allein die theoretische Begründung der practischen Sätze ist stets frei, überdies aber ist das Verhältniß der corporis und iuris possessio bei den Rechten, die auf die volle Detention der Sache gehen, wie Nießbrauch und Emphyteuse, nie in Klarheit gewesen, wie man z. B. aus

Digitized by Google

Menochi sieht[1]). Der Grund dazu liegt zum Theil in der Sache selbst, weil der Besitz des Rechtes hier eben stets in der vollen Detention der Sache besteht, und die Entziehung des Quasibesitzes daher wie beim Sachenbesitze durch Dejection von der Sache geschieht. Dazu kommt aber, daß beides auch schon in den Pandekten mit einander vermischt ist.

Im älteren römischen Rechte wurde zwar die corporis und iuris possessio sehr scharf getrennt. Man hatte ein eigenes int. U. V. utile (wie auch ein U. P. utile), weil der Nießbraucher keinen Besitz habe, sondern nur Nutzung der Sache, und daher bei Vertreibung von der Sache nicht als dejicirt, sondern nur als in seiner Nutzung verhindert gelten könne. Die Formel des Interdicts war deshalb nicht auf possidere, sondern uti frui und nicht auf deiicere, sondern prohibere uti frui gestellt[2]). In den Pandekten ist nun aber dieses interdictum utile absichtlich ausgemerzt, und der Nießbrauch mit unter das allgemeine interd. U. V. directum gestellt. Die Ausführung von Ulpian über das int. utile ist zwar in L. 3 §. 13—17 de vi mit aufgenommen, aber im Eingange augenscheinlich verändert. Ulpian hatte hier offenbar nach Erledigung des interd. directum die Formel des interd. utile aufgeführt, und gesagt, daß es „necessarium" für den Usufructuar sei, weil er keinen eigentlichen Besitz habe. Statt dessen ist nun im unmittelbaren Anschlusse an die voraufgehende Ausführung über das allgemeine int. U. V. einfach gesetzt:

---

1) De adip. retin. et recup. poss. Rem. rec. I. n. 69—79. cf. Galvanus, de usufructu. c. 34. n. 3—14.

2) Vat. fr. 90. 91. Rudorff meint, Ulpian habe einen andern Standpunkt gehabt, das int. utile verworfen und das directum für den Naturalbesitz des Usufructuars zugelassen. (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 11, 340—48.) Ich habe dies früher auch für wahrscheinlich gehalten. (Besitz, S. 86—88.) Ueberzeugend hat Degenkolb es widerlegt. Platzrecht S. 79—92.

Digitized by Google

Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usufructu fundi; uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem etc.

In dieser Fassung kann unter dem „interdictum" nur das allgemeine int. U. V. verstanden werden, und der Sinn ist, der Usufructuar müsse bei Verhinderung der Ausübung das Interdict anstellen und könne es, da ja die Verhinderung durch Dejection verübt werde [1]). Die Dejection von dem nicht eigentlich besessenen sondern nur usufructuarisch detinirten Grundstücke soll also das Interdict begründen, weil sie eine Prohibition der Ausübung des Nießbrauchs ist. In einer Stelle von Paulus [2]) ist zwar auch der Ausdruck „deiectum ab usufructu" gebraucht; indessen kann das nur als Ungenauigkeit angesehen werden, da grade Paulus es ist, der an einer andern Stelle [3]) den bekannten Satz ausspricht:

nec possideri intelligitur ius incorporale, nec de via quis, id est mero iure, detruditur.

Im praktischen Resultate ist es natürlich gleichgültig, ob man das Interdict auf die juristische Dejection vom Nießbrauch stützt, oder auf die factische Dejection von der Sache, insofern man sie im Nießbrauche hat. Denn natürlich kann man immer nur auf das Factum oder das Interesse des Nießbrauchbesitzes klagen. Eben darum darf man, wenn man

1) In Mommsens Ausgabe ist der Satz: „si prohibeatur — fundi in Häkchen eingeschlossen, so daß sie die Interdictsformel bedeuten und der Sinn ist: das Interdict Si prohibeatur ist für den Usufr. nöthig. Allein eine solche Formel wäre gegen alle Analogie. In den Vat. fr. 91 wird zwar citirt: „de interdictis sub titulo: Si uti frui prohibitus esse dicetur", allein das ist nur Titelrubrik, nicht Interdictsformel, ebensowie es in §. 90 heißt: sub titulo: In eum qui legatorum nomine etc., während die Formel des int. Quod legatorum entschieden anders lautete. Die wahrscheinliche Formel des int. U. V. utile, s. Rudorff, ed. perp. §. 243.

2) L. 9 §. 1 de vi.

3) L. 4 §. 27 de usuc.

Digitized by Google

bei der Detention des Pächters und ähnlicher die Spolienklage zulassen will, keine andere Analogie als diese vom Nießbrauche zu Grunde legen.

§. 22.
Verklagter.

Die zweite Hauptfrage bei der Spolienklage betrifft die Person des Verklagten, ob wie im römischen Rechte nur der Spoliant verklagt werden kann, oder auch Dritte, die von oder wenigstens nach ihm die Sache bekommen. Die Sache liegt hier bedeutend einfacher, als bei der Person des Klägers. Daß die Klage in der ältern Praxis gegen jeden dritten Besitzer gegeben ist, daß man diese Ausdehnung aber schon seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts allmählig aufgegeben hat, ist hier außer Zweifel[1]). Auch die neuern Gesetzbücher geben die Klage nur gegen den Spolianten. Wenn Delbrück und Ziebarth die Zulassung der Klage gegen Dritte vertheidigen, so geschieht es nur vom Standpunkte der angenommenen petitorischen Natur der Klage, für die reine Besitzklage wollen auch sie keine Ausdehnung. Nur Eine Ausdehnung muß man annehmen, nämlich die bekannte des c. Saepe gegen den Singularsuccessor, der den Besitz spolii conscius erworben hat. Delbrück und Ziebarth wollen diese zwar auch nur als Element ihrer petitorischen Klage, und zwar nur als historisches Durchgangselement, gelten lassen. Indessen ist dagegen bereits oben das nöthige gesagt, und da es sich hier um ein eigentliches Gesetz handelt, welches unzweifelhaft ein Bestandtheil des gemeinen Rechts geworden ist, und dessen Beseitigung durch die Praxis noch von Niemanden behauptet ist, so ist die Bestimmung einfach als geltende Modification des römischen Rechts aufzufassen, wie auch in allen Lehr-

1) Es wird namentlich auch von Delbrück anerkannt. Dingliche Klage, S. 171—2.

Digitized by Google

büchern geschieht. Die neueren Gesetzbücher haben sie nicht mit aufgenommen, nur das sächsische sagt Art. 206, daß die Klage auf Wiederherstellung des Besitzes „auch gegen einen dritten Besitzer gilt, welcher bei Erlangung des Besitzes wußte, daß sein Vormann die Sache fehlerhaft besaß". Darin kann man zugleich indirect ein Zeugniß für die Erhaltung der Bestimmung in der Praxis sehen, in der die Frage selten vorzukommen scheint; direct habe ich nur Einen Fall davon aufzufinden vermocht[1]). Jedenfalls hat man aber die Bestimmung, nach der Beseitigung der aus dem c. Red. abgeleiteten allgemeinen Zulassung der Klage gegen Dritte, als ein ius singulare anzusehen, was streng auf seinen unmittelbaren Inhalt zu beschränken ist. Dieser ist nun keineswegs, wie Ziebarth[2]) meint, daß die Klage gegen jeden malae fidei possessor geht, vielmehr gründet das Gesetz, dessen Text oben S. 219 angeführt ist, seine Bestimmung wesentlich auf die beiden Elemente:

per spoliatorem in alium re translata,

und:

si quis scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium,

Es bezieht sich also wesentlich nur auf den Fall, daß der Spoliant die Sache veräußert, und der Erwerber dabei weiß, daß jener sie durch ein Spolium erlangt hat. Es ist also, wie ich schon früher ausgeführt habe[3]), im allgemeinen die Idee der nachträglichen Theilnahme an der geschehenen Spoliation, das „Hehler gleich Stehler"[4]). Wenn das succedere in vitium in der Stelle noch weiter damit gerechtfertigt wird:

1) Seuffert, 23, 137, 2.

2) Realexecution, S. 261.

3) Besitz im Mitt. S. 178—81.

4) Es ist dasselbe Princip wie im Straf-G. B. für d. deut. Reich Art. 259: „Wer Sachen, von denen er weiß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, ankauft, wird als Hehler bestraft".

Digitized by Google

eo quod non multum intersit, quod ad periculum animae, iniuste detinere ac invadere alienum,

so liegt darin nicht der eigentliche Rechtssatz des Gesetzes, sondern, wie schon das unbestimmte „non multum" zeigt, nur eine theologische Rechtfertigung des eigentlichen gesetzlich aufgestellten Rechtsprincips. Andere mala fides, als die in Betreff des Spolium, begründet also die Klage nicht, und auch bei dieser nicht eine erst später nach dem Erwerbe erlangte Kenntniß, scientia superveniens. Noch weniger umfaßt das Gesetz den Dritten, der den Spolianten wieder spoliirt hat, oder der überhaupt die Sache ohne allen Rechtsgrund in Besitz bekommen hat.

Ich habe zwar früher [1]) die Zulässigkeit der Klage gegen diese angenommen, weil es doch noch schlimmer sei, die Sache ohne allen Titel als mit Titel und nur ohne Fides zu bekommen. Windscheid [2]) hat mir darin zugestimmt, und unter Berufung auf uns beide ist demgemäß in einem Urtheile von Wolfenbüttel erkannt [3]). Allein die Consequenzen, die Ziebarth [4]) daraus gezogen, zeigen, daß man damit auf den abschüssigen Boden der älteren Theorie kommt, auf dem man sich schließlich nur durch Uebergang ins Petitorium retten kann. Vom possessorischen Standpunkte aus muß man daran festhalten, daß wer selber nur aus dem bloßen Besitze klagt, also weder Titel noch Fides für sich behauptet, auch dem Gegner den Mangel derselben nicht vorwerfen, sondern sich nur auf die Entziehung des Besitzes selber stützen kann. Nur durch nachträgliche Theilnahme an der Spoliation kann die Klage gegen einen Dritten noch innerlich gerechtfertigt werden. Diese nimmt das römische Recht nur an, wenn die Dejection

1) Jahrb. d. gem. Rechts. 4, 68—70.
2) Pandekten, §. 162. n. 10.
3) Seuffert, 23, 137.
4) Realexecution. S. 261—2.

Digitized by Google

selber schon zu Gunsten des Dritten geschehen war und von ihm ratihabirt wird, oder ihn wenigstens bereichert hat, das canonische fügt das succedere in vitium in der obigen Weise hinzu. Will man übrigens die obige Ausdehnung beibehalten, so darf man sich durch das Argument von Ziebarth, daß man dann bei allen verlorenen Sachen Besitzklagen zulassen müsse, nicht abhalten lassen. Ziebarth erklärt es zwar nach seiner Art für „geradezu absurd", den Besitzer zwar die ihm gestohlene und vom Diebe verlorene Sache, nicht aber die unmittelbar von ihm verlorene zurückfordern zu lassen; aber er bedenkt nicht, daß es sich im ersteren Falle um eine Nachlässigkeit des Diebes, im zweiten um eine eigene des Besitzers handelt, und daß aus dem Schutze gegen die erstere nicht auch ein Schutz gegen die zweite folgt.

§. 23.

Gegenstand.

In Betreff des Gegenstandes der Klage ist nie ein Zweifel darüber gewesen, daß sie ganz unterschiedslos bei Mobilien grade ebensogut wie bei Immobilien zulässig sei, und ebenso auch in allen Fällen von Quasibesitz, wie beim Sachenbesitze. Dies ist auch in der neueren Praxis stets festgehalten, in die neuen Gesetzbücher aufgenommen, und überhaupt wohl kaum von Jemand bestritten. Die Anwendung beim Quasibesitze findet sich in allen neuern Sammlungen von Entscheidungen, namentlich bei Seuffert, außerordentlich häufig bei Servituten, Reallasten, Diensteinkommen, besonders Gehalten, Familienrechten u. s. w. Es ist wohl darüber Streit, wie weit der Quasibesitz anzunehmen sei, nicht aber darüber, ob beim Quasibesitz die Spolienklage stattfinde. Fälle von Anwendung bei Mobilien sind seltener, weil Besitzklagen bei Mobilien überhaupt seltener sind. Doch

Digitized by Google

fehlt es auch hier nicht an Beispielen [1]) und die Klage ist hier sehr wichtig, weil dadurch alle Schwierigkeiten und Zweifel die im römischen Rechte bei der Besitzklage von Mobilien sind, für das heutige praktische Recht vollständig beseitigt sind. Die Mobilien stehen demnach den Immobilien beim recuperatorischen Schutze grade eben so gleich wie beim retentorischen. Wie bei diesem das U. P. und Utrubi vereinigt sind, so kann man dort sagen, daß das U. V. auf die Mobilien ausgedehnt ist. Nur versteht sich, daß die Verschiedenheit der Grundsätze über den Verlust des Besitzes bei Mobilien und Immobilien an sich dadurch nicht verändert sind. (Vgl. S. 262. n. 3.)

§. 24.
Klagegrund.

Nicht so einfach und zweifellos ist die Frage nach dem Rechtsgrunde der Klage. Der Satz des Pseudo-Isidorischen c. Red., der den Ausgang der Spolienklage bildet, lautet in den betreffenden Worten:

> Redintegranda sunt omnia exspoliatis, — quacunque conditione temporis aut dolo aut captivitate aut virtute maiorum aut per quascunque iniustas causas res — perdidisse noscuntur [2]).

Man faßte dieses in Italien anfangs so auf, daß der Canon die Klagen wegen Entziehung des Besitzes durch dolus, metus, vis und anderes Unrecht in sich zu einer allgemeinen Klage vereinigt habe. Später fügte man hinzu, daß, weil Verzicht und Veräußerungen nicht zu vermuthen sind, bei er-

1) So z. B. bei einem Schiffe, Seuffert, 19, 46, bei Schuldscheinen, 23, 137, Documenten, 3, 172; 5, 173, bei Hausgeräth, 5, 23, bei bereits abgemähetem Getreide, 24, 212.

2) Ueber die Entstehung dieses Canon bei Ps.-Isidor s. Besitz im Mitt. S. 140—142, über seine rechtliche Bedeutung S. 146—48, über seinen ursprünglichen Umfang S. 157—8.

Digitized by Google

wiesenem Verluste des Besitzes die Widerrechtlichkeit stets vermuthet werden müsse, und kam dadurch zu dem Resultate, daß zur Begründung der Klage weiter nichts gehöre als der Beweis des früheren Besitzes des Klägers und des jetzigen Besitzes des Verklagten [1]). Die Klage wurde in diesem Umfange anfangs auch in Deutschland angenommen, schon im 17. Jahrhunderte aber von der Theorie als unbegründet angegriffen und danach im 18. namentlich seit Böhmer auch in der Praxis vielfach beschränkt [2]). Noch mehr ist dies im gegenwärtigen Jahrhunderte seit Savigny geschehen, und die Praxis ist jetzt ganz entschieden wieder auf den Standpunkt des römischen Rechts zurückgekehrt. Eine genaue Bestimmung findet sich zwar natürlich nirgends, doch läßt sich nach den bei Seuffert gesammelten Entscheidungen folgendes mit Sicherheit annehmen. Verschwunden ist die Präsumtion, verschwunden die Anwendung der Klage bei dolus und metus, sie ist wieder beschränkt auf Entziehung wider Willen, hat also wieder das gleiche Princip wie das interd. U. V., und läßt sich wieder einreihen in das römische Klagesystem. Dagegen ist aber eben so entschieden verworfen das Erforderniß der eigentlichen Gewalt, d. h. der Anwendung von Gewalt gegen die Person des Besitzers zur Entziehung des Besitzes, es genügt die unmittelbare factische Ergreifung und Entziehung des Besitzes als solchen, ohne Rücksicht, ob eine factische Abwehr des Besitzers stattfindet und er überwunden wird oder nicht, und auch darauf kommt nichts an, ob der Spoliant bona oder mala fide ist.

Ich habe bereits oben ausgeführt, daß bereits im römischen Rechte in der weiteren Entwicklung des interd. U. V. das Erforderniß der vis keineswegs festgehalten, sondern eigentlich vollständig verflüchtigt ist. Indessen ist doch dem Wort-

1) Die Nachweise darüber s. Besitz im Mitt. S. 227—31.
2) Die Belege s. Besitz im Mitt. S. 390—96.

Digitized by Google

laute nach das Princip der vis, und zwar einer vis atrox, wenigstens bei der eigentlichen physischen Vertreibung von einem Grundstücke bis zuletzt festgehalten. In der Spolienklage ist dieses principiell aufgehoben und nur das Princip der factischen Besitzentziehung gelassen. Daß dieses Princip namentlich beim Quasibesitz der Rechte im positiven canonischen Rechte, nämlich in den Decretalen der Päpste, ganz vollständig begründet ist, habe ich früher sehr speciell nachgewiesen [1]). Zum Theil unter Berufung hierauf ist nun in der heutigen Praxis das Erforderniß der Gewalt ganz allgemein verworfen. Wenn auch einzelne Entscheidungen von dem römischen Principe der Gewalt ausgehen, so weichen sie doch stets davon ab, sobald der einzelne Fall es nöthig macht, und begnügen sich dann z. B. mit wirklichem oder wenigstens zu fürchtendem Widerspruche des Besitzers, so daß offenbar nur Respect vor Savignys Autorität oder romanistische Befangenheit oder auch Unklarheit über das römische und canonische Recht zu Grunde liegt. Wo der einzelne Fall es fordert, gehen sie alle ganz rückhaltslos über das römische Recht hinaus, verwerfen das Erforderniß der Gewalt und gründen dies einfach und direct auf die Praxis der Spolienklage.

Zum Beweise für diese Behauptung mögen folgende einzelne Belege dienen. Zunächst wird ganz allgemein auf die Beseitigung des Erfordernisses der Gewalt bei der Spolienklage die Zulässigkeit ihrer Anwendung bei der Nichtleistung und Verweigerung der Leistung von Reallasten gestützt. Dies ist ganz unmittelbar im canonischen Rechte begründet [2]), und wird daher ganz allgemein angenommen bei den verschiedensten Arten von Reallasten, wie die vielen unten in der Note citirten Fälle zeigen [3]), und zwar meistens unter Hervorhebung

1) Besitz im Mitt. S. 207—14.
2) Besitz im Mitt. S. 210—14.
3) Seuffert 7, 42; 12, 241. 340; 16, 115. 174; 17, 46; 18, 250; 24, 35.

Digitized by Google

des Satzes, daß bei der Spolienklage keine Gewalt nöthig sei. Von den Reallasten ist es dann ganz consequent auf die Nichtzahlung von Renten, Besoldungen, Pensionen, Diensteinkommen u. s. w. übertragen, soweit dabei überhaupt ein Quasibesitz angenommen ist[1]). Selbst ein Urtheil des OAG. zu Jena von 1852, worin die Spolienklage bei Verweigerung von Reallasten verworfen ist, gründet dies nicht auf den Mangel der Gewalt, sondern weil die Verweigerung einer Leistung nur ein „passives Verhalten", keine „eigenmächtige Angriffshandlung" enthalte[2]). Uebrigens versteht sich von selber, daß der Besitzer solche Weigerungen stets auch als bloße Störungen seines Besitzes auffassen und insofern mit dem int. U. P., sowohl ordinarium als summariissimum, klagen kann[3]). Auch dies ist in der Praxis außer Zweifel[4]). Die Annahme gewaltloser Spoliationen findet sich dem canonischen Rechte entsprechend aber auch beim Besitze anderer Rechte, z. B. Servituten, Gasthofsgerechtigkeit, selbst Familienrechten im Falle von Entweichung eines Sohnes aus der väterlichen Gewalt[5]), und ebenso beim Sachenbesitze, bei eigenmächtiger offener oder heimlicher Wegnahme von Sachen, wenn Widerspruch stattgefunden hatte oder sich auch nur von selber verstand, bei Wegnahme von Documenten durch einen Wahnsinnigen oder durch den Mann während Krankheit der Frau, bei Beschlagnahme eines Schiffes von Zollbeamten, u. a. m.[6])

Nach alle diesem wird man das Erforderniß der Gewalt als theoretisch und praktisch beseitigt ansehen dürfen. Aller-

1) Seuffert 3, 99; 13, 32; 22, 233; 23, 32. Arch. f. pract. Rechtsw. 2, S. 459. Matthiä, Controversen-Lex. 2, 338. nro. 4.

2) Seuffert. 12, 241.

3) Besitz im Mitt. S. 279—82. 408—9.

4) Seuffert. 12, 27; 16, 174. 175.

5) Seuffert. 2, 50; 7, 182; 16, 186; 4, 120.

6) Seuffert. 5, 23; 12, 34; 24, 212; 23, 137; 3, 173; 19, 46.

Digitized by Google

dings finden sich bei Seuffert zwei Urtheile von München und Stuttgart von den Jahren 1832 und 1837, in denen Savignys Ansicht zufolge das Erforderniß der Gewalt vollständig angenommen war, indessen fügt bei dem letztern schon Hufnagel, der es in seinen Mittheilungen aus der Würtemb. Praxis S. 106 berührt, hinzu: „Diese Ansicht wird sich wohl in den würtemb. Gerichten nicht erhalten". Jedenfalls könnte sie nur als eine supraromanistische Singularität angesehen werden, die keine Nachahmung verdiente. Bedenken könnte es zwar erregen, daß die neuern Gesetzbücher sämmtlich wieder den römischen Standpunkt des vi clam precario einzunehmen scheinen. Das preußische und sächsische fordern gradezu „Gewalt", das österreichische, daß man sich „eindrängt", das italienische „violentemente spogliato"[1]). Allein in Preußen wenigstens haben Theorie und Praxis unter der „Gewalt" nie etwas anderes verstanden, als „Eigenmacht", also jede Besitzergreifung wider, oder auch nur ohne, den Willen des bisherigen Besitzers[2]). Damit kommt man dann von selber auf das gemeinrechtliche Princip. Ebenso wird es auch wohl in den andern Ländern sein.

Als gewisse Gränzen des Spolienbegriffes treten in der Praxis folgende zwei hervor:

1. Spolium ist nur bei wirklicher Entziehung des Besitzes, darum namentlich nicht bei bloßer Störung, besonders bei Servituten[3]). Von der alten Idee, eine schwere Störung sei einer Entziehung gleich und begründe die Spolienklage[4]), ist keine Rede mehr. Nur versteht sich, daß es bei manchen Handlungen vom Willen des Besitzers und dem weitern Ver-

1) Preuß. 1, 7, 146. Sachs. 190. 206. Oesterr. 345. Ital. 695.

2) Koch, preuß. Privatr. §. 185. I. Förster, preuß. Privatr. §. 162. n. 38.

3) Seuffert, 16, 221.

4) Besitz im Mitt. S. 396.

Digitized by Google

laufe abhängt, ob er seinen Besitz als vollständig aufgehoben oder nur als gestört ansehen will oder muß, wie namentlich bei der Nichtleistung von Reallasten. Eine weitere Beschränkung, die dabei in zwei Dresdener Entscheidungen von 1848 und 1850 angenommen ist[1]), scheint mir nicht begründet zu sein, obwohl sie von Förster mit in sein preuß. Privatrecht aufgenommen ist, nämlich die, daß die betreffende Handlung ein „unmittelbares positives Eingreifen in den Rechtsbereich des andern" enthalten müßte; Handlungen dagegen, die auf eigenem Boden vermöge Eigenthums vorgenommen würden, könnten zwar fremden Besitz stören oder entziehen, wären aber kein Spolium, z. B. sei Abpfändung eines Wege- oder Weidebesitzers allerdings Spolium, ebenso Wegnahme von fremden Vorrichtungen auf unserem Boden, nicht aber die bloße Absperrung eines Weges, Ableitung des Wassers u. dgl. Dabei ist verkannt, daß der Begriff des Spolium ein rein juristischer geworden ist, dessen Wesen nur in der eigenmächtigen Entziehung des Besitzes liegt, bei dem aber die Art und Weise und die Mittel der Entziehung eben darum gleichgültig sind. Bei der Pfändung des Wegebesitzers liegt das Spolium nicht in der Abnahme des Pfandes, sondern in der Entziehung des Besitzes. Die Spolienklage geht daher nicht auf Rückgabe des Pfandes, sondern Herstellung des Besitzes, darum ist es aber gleichgültig, ob der Besitz durch Pfändung oder Versperrung des Weges entzogen ist. Soll es bei einem Wege mit Brücke im Fall der Wegnahme der Brücke davon abhängen, ob die Brücke von der einen oder andern Partei gemacht ist? Danach würde ja das accessorium zur Hauptsache. Im Grundprincipe verfehlt ist das Argument, daß das interd. U. V. auf solche Fälle nicht angewendet sei. Uebrigens ist das entgegengesetzte Princip auch

1) Seuffert. 3, 56. 267.

Digitized by Google

von demselben Gerichte in einer Entscheidung von 1847 befolgt [1]), wo die Spolienklage zugelassen wurde, als ein Eigenthümer durch Setzung eines Pfahles auf seinem Boden dem Nachbar die Oeffnung einer Thür zu einer Wegebenutzung verhindert hatte.

Das versteht sich natürlich von selbst, daß Spolium nur ist, wenn dem andern ein wirklich vorhandener Besitz entzogen wird. Wer durch Handlungen auf seinem Boden dem Nachbar Vortheile entzieht, die dieser zwar factisch genoß, aber ohne in einem eigentlichen rechtlichen Besitze, also namentlich dem Besitze eines Verbietungsrecht gegen ihn, zu sein, begeht kein Spolium. Selbst vom Standpunkte der Detention läßt sich hier keine Spolienklage begründen, und wenn sie auch früher oft für jeden factischen Zustand gegeben wurde, so ist das jedenfalls zu verwerfen. Neuere Fälle davon habe ich nicht auffinden können.

In Verbindung damit steht die wichtige Frage, ob Occupation eines von einem andern verlorenen Besitzes die Spolienklage begründe, ob man also namentlich bei verlorenen Sachen gegen den Finder, der die Herausgabe verweigert, die Spolienklage anstellen könne? Bei Festhaltung des bisher durchgeführten possessorischen Charakters der Klage, muß man diese Frage verneinen, nicht weil der Finder keine Gewalt ausübt, sondern weil er keinen Besitz entzieht. Der Verlierer hat den Besitz zwar wider seinen Willen verloren, aber der Finder hat ihm denselben nicht entzogen. Wenn Delbrück und Ziebarth die Spolienklage hierauf anwenden, so ist das von ihrem petitorischen Standpunkte der bonae fidei possessio aus vollständig gerechtfertigt, eine reine Besitzklage läßt sich aber für diesen Fall wenigstens im gemeinen Rechte nicht begründen. Auch die Ableitung aus L. 11. C.

1) Seuffert. 2, 50.

Digitized by Google

unde vi über die vacua possessio absentium, die ich früher versucht habe, läßt sich nach dem, was ich oben S. 120 ff. über dieses Gesetz ausgeführt habe, nicht halten. Die altdeutsche Mobilienklage ging allerdings unzweifelhaft auf diesen Fall. Allein sie war eben auch keine reine Besitzklage, da sie ja jedenfalls die Einrede des Eigenthums zuließ. Wie es in der Praxis mit der Frage gehalten wird, weiß ich nicht, ich habe keine Fälle finden können. Daß die Spolienklage früher hierauf angewendet ist, ist zwar außer Zweifel, allein das beweist für ihre heutige Anwendbarkeit nach ihrem heutigen Principe nicht. Die praktische Bedeutung der Frage liegt aber nicht nur darin, ob man vom Kläger, der die Sache verloren, den Beweis von Titel und Fides fordern will, sondern auch ob man den Verklagten, den Finder, zu dem Beweise zulassen will, daß Kläger die Sache gestohlen habe oder Verklagter nur sein Eigenthum wieder gefunden habe. Meine Ansicht ist, daß man weder nach römischem noch deutschem Rechte hier eine reine Besitzklage zulassen kann. Uebrigens muß man die Ausschließung der Spolienklage jedenfalls auf die Fälle beschränken, wo der Besitz wirklich schon verloren war. Wenn Ihering[1]) die Schwierigkeit dadurch noch vergrößert, daß er auch den zugelaufenen Hund, den „in Gedanken stehen gebliebenen Schirm" und ähnliche Fälle mit hierher rechnet, so halte ich das insofern nicht für begründet, als hier in solchen Fällen der Besitz gar nicht sofort verloren geht, und folglich in der Aneignung eine wirkliche Besitzentziehung enthalten ist.

2. Eine zweite Hauptbeschränkung der Spolienklage ist, daß sie bei formell berechtigter Entziehung des Besitzes ausgeschlossen ist. Dies ist der Fall bei formell legalen, wenn auch materiell ungerechten, Handlungen von Behörden. Daß

1) Beiträge, S. 116. Besitzesschutz, S. 136.

Digitized by Google

im allgemeinen auch von Beamten und Behörden durch widerrechtliche Verfügungen und Executionen Spoliationen begangen und die Spolienklage begründet werden kann, ist außer Zweifel. Schon nach römischem Rechte kann bei Anwendung von Zwang und Gewalt die actio metus und das interd. U. V. begründet sein [1]), das canonische Recht läßt seine Klage auf „restitutio spoliatorum" auch ohne wirkliche Gewaltanwendung ohne weiteres gegen die widerrechtlichen Verfügungen der kirchlichen Beamten zu [2]). Dies ist in der Praxis stets festgehalten [3]) und auch in der neuern Zeit anerkannt. So finden sich Spolienklagen gegen Staat und Gemeinden wegen Entziehung des Gehaltes [4]), gegen eine Steuerbehörde, die ein zur Defraude benutztes Schiff gegen die gesetzliche Bestimmung mit Beschlag belegt hatte [5]), gegen eine Finanzbehörde wegen Auspfändung der Sachen eines Vormundes für Lehnsforderungen gegen seinen Curanden [6]). Im übrigen ist die Spolienklage:

a. insoweit, als überhaupt den Privatrechten der possessorische Schutz gegen die Verfügungen der Staatsgewalt versagt ist [7]), natürlich auch unzulässig.

b. Wenn Gerichte innerhalb ihrer Competenz Verfügungen erlassen, deren Rechtmäßigkeit materiell bestritten werden kann, bei denen aber Rechtskraft möglich ist und Unanfechtbarkeit begründen kann, so kann man sich nur durch die zulässigen processualischen Rechtsmittel helfen [8]). Nur bei Nichtigkeiten ist daher die Spolienklage anwendbar, und zwar

1) Besitz im Mitt. S. 72.
2) Besitz im Mitt. S. 208—9.
3) Besitz im Mitt. S. 395. n. 4.
4) Oben S. 253. n. 1.
5) Seuffert. 19, 46
6) Pfeiffer, pract. Ausführ. 3, 578. n. 52.
7) Pfeiffer, pract. Ausf. 3, 348. ff. 509 ff.
8) Matthiä, Contr. Lex. v. Spol. VI, 3.

Digitized by Google

müssen die heilbaren wegen der Rechtskraft auch noch ausgeschlossen werden.

c. Wenn Unterbeamte einer Behörde auf einen für sie formell ordnungsmäßigen und verbindlichen Befehl Executionen vornehmen, so kann daraus gegen sie keine Spolienklage angestellt werden [1]), wenn auch die Behörde an sich ihre Befugnisse überschritt und daher die Klage gegen diese selber zulässig ist.

d. Die Frage, ob in den Fällen, wo eine Verfügung oder Execution von einer Behörde zu Gunsten eines Privatmannes so ausgeführt ist, daß sie die Spolienklage begründet, diese auch gegen den Privatmann angestellt werden kann, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Er haftet, wenn er die Spoliation extrahirt hat, als Mandant, sonst als Ratihabent oder spolii conscius, außerdem nur auf die Bereicherung [2]). Für eine weitergehende unbedingte Haftung, die man früher oft angenommen [3]), und die auch Ihering bei seiner actio moment. poss. anzunehmen scheint, ist kein Grund vorhanden.

§. 25.

Einreden.

Die Zulässigkeit von Einreden gegen die Spolienklage war früher ein beliebtes Feld für alle möglichen Controversen. Gegenwärtig findet man wenig darüber. Faßt man die Klage als possessorische und als Erweiterung des interd. U. V. auf, so versteht sich von selbst:

a. Daß alle petitorischen Einreden, also namentlich die Einrede des Eigenthums oder wenigstens eines Rechtstitels beim Verklagten, oder der malae fidei possessio des Klägers

1) Seuffert. 5, 26.
2) L. 1 §. 12—15. L. 4. de vi.
3) Fleck, de interd. U. V. et rem. spolii. (1797) p. 119.

Digitized by Google

u. s. w. ausgeschlossen sind. Nur indirect zur Widerlegung des vom Kläger behaupteten Spoliums kann der Verklagte seinen Titel als Erwerbsact benutzen, der Kläger kann dann die Replik haben, daß jener spolii conscius vom Spolianten erworben. Ebenso ist die s. g. Einrede, daß Kläger freiwillig den Besitz aufgegeben oder durch Zufall oder Schuld verloren habe, weiter nichts als eine indirecte Widerlegung der Behauptung des Klägers, spoliirt zu sein. In der Praxis scheint über die Ausschließung der petitorischen Einreden kein Zweifel zu sein. Ich habe zwar keine eingehende Entscheidung darüber gefunden, wohl aber wird der Satz in einzelnen Urtheilen beiläufig als unzweifelhaft berührt, in andern deutlich vorausgesetzt [1]).

b. Die Unzulässigkeit der exc. vitii ist auf der Grundlage des interd. U. V. außer Zweifel, entspricht aber auch dem canonischen Principe spoliatus ante omnia restituendus und findet sich auch in einem Lübecker Urtheile von 1834 ausdrücklich anerkannt [2]). Die neueren Gesetzbücher, wenigstens das preußische und sächsische, lassen sie wieder zu [3]).

c. Am zweifelhaftesten ist die Einrede der Verjährung, ob 1 Jahr oder 30 Jahre. Das interd. U. V. ist „de eo quod ad eum, qui vi deiecit, pervenit" dreißigjährig, im übrigen einjährig. Das „id quod pervenit" bedeutet aber nicht, wie Savigny [4]) (merkwürdiger Weise von Niemandem gerügt) sagt: „wenn der Beklagte den Besitz der Sache noch hat", sondern es kann hier wie anderwärts, namentlich bei der actio metus [5]), nur die Bereicherung bedeuten. Der Ge-

1) Seuffert, 24, 212. 35. Matthiä, Controv. Lex. v. spol. V. 4.
2) Seuffert, 3, 172.
3) Preuß. G. O. 1, 31, 14. Förster, preuß. Privatr. §. 162. e, 1. Sächs. GB. 207.
4) Besitz §. 40. S. 450.
5) L. 17—20 quod metus causa.

Digitized by Google

genſatz iſt nur der Schaden des Dejicirten und die Bereicherung des Dejicienten, der Erſatz des erſteren kann nur ein Jahr, die Herausgabe der letzteren dreißig Jahre gefordert werden. Dies muß jedenfalls auch für die Spolienklage gelten[1]), indeſſen kommt hinzu, daß, ſofern es ſich um Herausgabe rechtswidrig beſeſſener Sachen handelt, die Klage im Falle der mala fides des Verklagten, die faſt immer da ſein muß, nach der bekannten canoniſchen Beſtimmung[2]) völlig unverjährbar iſt. Außerdem iſt die Frage, ob die Spolienklage nicht auch in Betreff des Schadenserſatzes perpetua ſei? Man hat dieſes von jeher wegen der Worte „quacunque conditione temporis“ im c. Red. angenommen. Ob das Wort „conditio“ in der Stelle ſchon urſprünglich auf die Verjährung gehen ſollte und nicht auf die Verſchiedenheit der zeitlichen Zuſtände, mag dahingeſtellt bleiben[3]), keinenfalls kann der Wortlaut der Stelle als eigentliches Geſetz für die Spolienklage angeſehen werden, da die Stelle ja urſprünglich eine ganz andere Bedeutung hatte, und die Praxis ihre freie Bildung der Spolienklage nur äußerlich daran angeknüpft hat. An ſich iſt eine dreißigjährige Verjährung für eine Beſitzklage auf Schadenserſatz natürlich möglichſt unpaſſend, und daher hat die Oppoſition dagegen auch ſchon im 18. Jahrhunderte angefangen. Indeſſen ſagt Böhmer, daß er damit in der Halliſchen Facultät nicht durchgedrungen ſei[4]). Mir iſt es in der hieſigen Facultät noch ebenſo gegangen. Sonſtige Entſcheidungen der Praxis habe ich nicht finden können. Von den neuern Geſetzbüchern enthalten das preußiſche und öſterreichiſche keine ſpecielle Beſtimmungen, doch haben beide für alle Schadenserſatz-Anſprüche eine all-

1) Wie auch in einem Urtheile bei Seuffert 7, 42 anerkannt iſt.
2) C. 28 X. de praescript. 2, 26.
3) Beſitz im Mitt. S. 141. 159.
4) Beſitz im Mitt. S. 367.

Digitized by Google

gemeine Verjährung von 3 Jahren[1]). Das sächsische und italiänische Gesetzbuch setzen eine Verjährung von 1 Jahr[2]), das erstere für die Bereicherung 3 Jahre.[3])

1) Oest. 1489. Im Preuß. Rechte ist die Verjährung der Besitzklagen streitig. Förster, preuß. Privatr. §. 162. n. 97—105.

2) Sachs. 210. Ital. 695.

3) Aus horror vacui benutze ich den leeren Raum dieser Seite zu einem erläuternden Nachtrage zum Schlußsatze des §. 23 auf S. 250. Ich habe dort gesagt, daß durch die Gleichstellung der Mobilien und Immobilien bei der Spolienklage die Verschiedenheit der Grundsätze über den Verlust des Besitzes an ihnen nicht aufgehoben sei. Es bezieht sich das namentlich auf die heimliche Besitznahme. Diese hebt bei Immobilien den Besitz noch nicht auf, wohl aber bei Mobilien. Heimliche Occupation von Mobilien, geschehe sie durch Diebstahl, Selbsthülfe oder sonst, giebt den Besitz sofort und nicht erst mit der Kenntniß des bisherigen Besitzers. Darum ist aber auch die Spolienklage sofort gegen den Thäter begründet, kann dagegen, wenn dieser den Besitz vor der Kenntniß des Spoliirten an einen Dritten giebt, nicht mehr gegen diesen Dritten entstehen, oder wenigstens gegen ihn nur als Successor, sofern er beim Erwerbe spolii conscius ist. Dasselbe muß bei vertretenem Besitze für den Fall der Unterschlagung des Besitzes vom Vertreter gelten, und zwar wird diese bei treuloser Tradition an dritte vom Vertreter selber in seiner Person vollendet. Daher ist die Spolienklage hier an sich nur gegen den Vertreter begründet, und gegen den Empfänger wieder nur als Successor, sofern er spolii conscius ist. Nur wenn der Vertreter im Irrthume aus Verwechslung die fremde Sache anstatt einer eigenen fortgiebt, erwirbt nicht schon er, sondern erst der Empfänger den Besitz, und darum ist die Spolienklage dann auch nicht gegen den Vertreter, sondern nur gegen den Empfänger begründet.

Digitized by Google

Siebenter Abschnitt.

Der Grund des Besitzesschutzes.

§. 26.

Moderne Theorieen.

Unter dem Grunde des Besitzesschutzes verstehe ich hier seinen inneren philosophischen oder legislativen Grund. Die Frage nach diesem Grunde hat daher einen wesentlich anderen Charakter, als die bisher behandelten. Die praktischen Grundsätze über den Schutz des Besitzes müssen rein positiv, historisch und dogmatisch, ohne philosophische Speculation festgestellt werden; denn sie sollen für sich eine feste praktische Geltung haben, mag man über den Grund denken, wie man will. Bei der Aufsuchung des inneren Grundes aber kann man die philosophische oder legislative Speculation nicht ausschließen. Wollte man auch die Philosophie verwerfen und nur Zweckmäßigkeitsrücksichten gelten lassen, so kann man auch dabei wenigstens die legislative Speculation nicht entbehren. Sie ist darum auch von jeher, so lange die Frage überhaupt aufgeworfen ist, stets ohne weiteres, wenn auch mit mehr oder weniger Klarheit und Bewußtsein, darauf angewendet. Zu einem befriedigenden Resultate hat sie bis jetzt freilich noch nicht geführt. Es liegen in dem Verhältnisse

Digitized by Google

von Philosophie und positivem Rechte zwei schwer zu überwindende Gefahren, nämlich daß entweder die Philosophie vom Rechte oder umgekehrt das Recht von der Philosophie beherrscht wird, d. h., daß man entweder die Philosophie nach dem Rechte, und zwar nach der eigenen vielleicht falschen Auffassung davon, construirt, oder umgekehrt das Recht nach seiner Philosophie. Ich bekenne mich des ersten Fehlers bei meiner alten Theorie schuldig, glaube aber, daß Iherings neue Theorie der zweite Vorwurf trifft. Ihering legt ein besonderes Gewicht darauf, daß seine Theorie nicht „ein beliebiges Idealrecht, was man sich zurecht macht", begründen solle, sondern nur „einen historischen Werth, eine dogmatische Wahrheit für das römische Recht beanspruche" [1]). Wenn indessen die Ausführungen über das römische Recht, die ich oben gegeben habe, richtig sind, so ist der von Ihering versuchte Nachweis seiner Theorie im römischen Rechte eben auch nur ein „zurechtmachen" des römischen Rechts nach seiner Theorie und ohne historische Wahrheit. Ich habe deshalb bei der gegenwärtigen Schrift absichtlich das römische Recht ganz selbständig und rein positiv ohne alle vorgefaßte Theorie sowohl zu erforschen als darzustellen gesucht, und will auch jetzt keine neue philosophische Speculation hinzufügen. Dagegen habe ich mich überzeugt, daß das römische Recht doch mehr Anhalt zur Lösung der Frage nach dem Grunde des Besitzesschutzes giebt, als man gewöhnlich glaubt, und daß die Lösung für das römische Recht, worin sie auch bestehe, jedenfalls nur im engen Anschlusse an diese Elemente möglich ist. Auf der Entwicklung dieser Ansicht beruht die nachfolgende Ausführung. Eine Beseitigung der früheren Ansichten muß ihr voraufgehen und dabei beginne ich mit einer Polemik gegen mich selber. Ich stimme bei derselben natürlich mit Ihering, wenn auch nicht in allen Gründen, doch in der Haupt-

1) Beiträge, S. 30. Besitzesschutz, S. 31.

Digitized by Google

sache überein, doch muß ich die Ausführung darüber selbstständig geben, da sie zugleich für die spätere Ausführung den Grund legen soll.

Die erste Cardinalfrage bei der Begründung des Besitzesschutzes ist, ob er auf dem Delictsprincipe beruht. Wird der Besitz darum geschützt, weil Gewalt und Eigenmacht schon als solche ein Unrecht sind, und sie es darum auch in ihrer Richtung gegen den Besitz sind, obgleich derselbe an sich kein Recht ist? wird er also nur gegen absichtliche, formell rechtswidrige Handlungen geschützt? Oder ist der Schutz ein weiterer, beruht er auf einem allgemeineren, die Anwendung auf Gewalt und Eigenmacht nur als Unterart in sich schließenden Principe? Jeder weiß, wie allgemein das Delictsprincip bei uns das vorherrschende ist. Sogar Ihering selber, der so scharf dagegen auftritt, konnte sich anfangs nicht ganz davon losmachen und stützte in den Beiträgen (S. 51. 58 nro. 6) seine Beweiserleichterung auf das Delict des Beklagten; später hat er dies stillschweigend ausgemerzt. Nur zur Erinnerung und zur Vergleichung, in wie verschiedener Formulirung das Prinzip erscheint, stelle ich einige Hauptvertreter hier zusammen. So gründet Savigny[1]) die Besitzklagen darauf, daß die Verletzung des Besitzes zwar an sich kein Unrecht sei, weil der Besitz kein Recht sei, daß aber, wenn die Störung des Besitzes gewaltsam geschehe, darin eine Rechtsverletzung liege, weil jede Gewalt unrechtlich sei; Rudorff[2]) darauf, weil die Besitzstörung eine Selbsthülfe enthalte; Böcking[3]): weil der Staat Handlungen abwehren müsse, die schon ihrer Form wegen rechtswidrig seien; Puchta[4]): weil der Besitzer wegen seiner Persönlichkeit gegen

1) Besitz, S. 30.

2) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 7, 107. Später in den Zusätzen zu Savigny S. 581 hat er sich meiner Theorie angeschlossen.

3) Pandekten § 123. b.

4) Pandekten. §. 122. 133. 135.

Digitized by Google

Anfechtung seines Besitzes und gewaltsame Entziehung geschützt werden müsse; Bruns[1]): weil der im Besitze realisirte Wille der allgemeinen Freiheit des Willens wegen gegen Gewalt und Eigenmacht geschützt werden müsse; Randa[2]): weil der im Besitze bethätigte Wille gegen jeden ihm angethanen Zwang und Eigenmacht geschützt werden müsse; Windscheid[3]): weil es bei der Gleichheit der Personen ein Unrecht sei, wenn gegen einen im Besitze zur thatsächlichen Geltung gebrachten Willen ein anderer Wille sich durch eigene Macht durchsetzen wolle; ebenso die Philosophen Stahl[4]): weil der Besitz den factischen Genuß der Sachen gewähre, müsse er gegen gewaltsame und heimliche Entziehung (Delicte) geschützt werden; Trendelenburg[5]): weil der Besitz die Anfänge eines möglichen Eigenthums der Person enthalte, müsse er gegen heimliche und gewaltsame Wegnahme geschützt werden.

Nach allen diesen Theorien wird der Besitz nur gegen Gewalt und Eigenmacht geschützt und zwar darum, weil die Eigenmacht gegen den Besitz eine bewußte Verletzung der allgemeinen Persönlichkeit und Freiheit des Besitzers enthalte. Sie stehen also eigentlich alle auf dem Standpunkte der Injurie, wie auch Windscheid geradezu sagt, der Besitzesschutz beruhe auf dem gleichen Gedanken, wie der Schutz gegen Injurien. Der Besitz wird also nicht als solcher geschützt, sondern nur wenn und insofern in seiner Verletzung die Person des Besitzers injuriirt ist. Bei Savigny tritt das noch ganz unvermittelt hervor, wenn er sagt, die Besitzstörung sei an sich keine Rechtsverletzung, sie werde es nur dadurch, „daß sie

---

1) Besitz im Mitt. S. 491. und sogar noch in Holtzendorffs Encyclopädie S. 357.

2) Besitz nach österr. Rechte S. 86.

3) Pandekten §. 148.

4) Philosophie d. Rechts. 2, 395—6. (3. Aufl.)

5) Naturrecht, S. 172.

Digitized by Google

ein anderes Recht zugleich mit verletzt". Wir späteren haben das verfeinert, indem wir sagen, die Person werde nicht neben dem Besitze verletzt, sondern in ihm, weil ihr Wille in dem Besitze liege und folglich in der Verletzung des Besitzes der Wille des Besitzers und insofern seine Person selber verletzt werde. Allein im wesentlichen bleibt der Gedanke derselbe: während das Eigenthum schlechthin als solches geschützt wird, mag es mit oder ohne Delict verletzt werden, bona oder mala fide, wird der Besitz nur gegen Delicte geschützt, weil in ihm nur die Persönlichkeit des Besitzers gegen Mißachtung und Verletzung geschützt werden soll; Brinz[1]) sagt, der Besitzesschutz ist nicht, weil der Besitz ein Recht ist, sondern umgekehrt weil und soweit ein Besitzesschutz ist, könnte der Besitz ein Recht sein.

Um die Richtigkeit des Delictsprincipes zu prüfen, zerlege man eine gewaltsame Entziehung des Besitzes in ihre rechtlichen Elemente. Sie enthält dann:

1) eine thätliche Mißachtung der Persönlichkeit des Dejicirten, also eine Ehrverletzung, insofern man ihm bewußt und absichtlich wider seinen Willen und mit gewaltsamer Zurückdrängung desselben die Sache nimmt;

2) eine Schädigung des Vermögens des Dejicirten, insofern bei der Dejection Zerstörungen oder Beschädigungen vorgekommen sind und jedenfalls die Vortheile des Besitzers ihm entzogen sind;

3) eine thatsächliche Veränderung des bisherigen Besitzstandes, indem der Besitz, der bisher beim Dejicirten war, nun beim Dejicienten ist.

Alle drei Elemente haben eine wesentlich verschiedene rechtliche Natur:

1. Eine Ehrverletzung setzt dolus oder animus iniuriandi voraus, und hat dafür Strafe zur Folge.

2. Eine Vermögensbeschädigung ist zwar ohne dolus,

1) Pandekten §. 26. S. 55.

Digitized by Google

auch bona fide, möglich, allein sie verpflichtet zum Schadensersatze dem allgemeinen Principe zufolge nur dann, wenn sie wenigstens culpos geschehen ist.

3. Die Besitzveränderung ist an sich eine rein äußere Thatsache, was A besaß, besitzt jetzt B. Ob sie durch vis, dolus, culpa herbeigeführt ist, oder bona fide in verzeihlichem Irrthum, ist für das Factum an sich und ebenso für das Interesse des A gleichgültig, für ihn kommt es nur darauf an, ob die Veränderung mit oder ohne seinen Willen geschehen ist. Ebenso muß es aber auch für die Restitutionspflicht des Dejicienten B gleichgültig sein, ob er die Sache mit Gewalt oder im Irrthum, und ob in entschuldbarem oder unentschuldbarem, an sich genommen hat; in einem Falle hat er so wenig Recht auf den Vortheil des Besitzes, als im andern (abgesehen natürlich von petitorischen Ansprüchen).

Hält man auf diese Weise die drei Elemente aus einander, so ergiebt sich von selbst die Consequenz: das erste, die Injurie, kann nicht der Grund sein für das zweite, die Schadensersatzpflicht; denn die erste setzt dolus voraus, die zweite nur culpa. Eben so wenig können aber beide der Grund sein für das dritte, die Pflicht der Rückgabe; denn deren Elemente sind sowohl von dolus als von culpa unabhängig und beruhen nur auf der grundlosen Besitzveränderung. Hier ist die Alternative: entweder darf die Veränderung ohne Grund überhaupt nicht wider den Willen des Besitzers von dem andern bewirkt werden, und dann muß die Pflicht der Rückgabe unbedingt stets eintreten; oder ist der Besitz an sich ohne ein Recht kein Grund solche Veränderungen rückgängig zu machen, und dann kann auch die damit verbundene Injurie und Schadenszufügung keinen Anspruch darauf begründen. Wenn der Deponent dem Depositar die deponirte Sache wegnimmt, so ist das kein Unrecht; wenn er es mit Gewalt thut und ihm eine Ohrfeige dabei giebt, so ist das zwar eine Injurie, aber die Wegnahme an sich wird dadurch nicht zum

Digitized by Google

Unrechte. In der Savignyschen Deduction, die Verletzung des Besitzes sei an sich keine Rechtsverletzung, aber wenn sie ein „anderes Recht zugleich mit verletze", dann sei sie es, tritt die Trennung der Injurie von der Besitzveränderung noch ganz unverblümt hervor, damit aber deutlich auch die Unmöglichkeit, aus dem „andern Unrechte" das erste Unrecht rückwärts heraus zu deduciren. Etwas versteckter wird die Sache, wenn man sagt, der Besitz sei der realisirte oder zur thatsächlichen Geltung gebrachte Wille der Person, und darum werde im Besitze der Wille der Person und insofern auch diese selber verletzt. Dadurch ist allerdings die Injurie in unmittelbare Verbindung mit dem Besitze gebracht, allein da nicht jedes Handeln gegen fremden Willen ein Unrecht ist, so ist grade die Hauptfrage, warum das Handeln gegen den realisirten Willen ein Unrecht ist, nicht beantwortet; und wenn es wirklich aus irgend einem Grunde Unrecht wäre, so fragt sich wieder, warum nur das absichtliche Handeln, die absichtliche Entziehung, ein Unrecht sein soll und nicht auch das unabsichtliche. Die Realisirtheit oder thatsächliche Geltung des Besitzwillens hört in beiden Fällen gleichmäßig auf und zwar in beiden Fällen gleichmäßig gegen den Willen des Besitzers und durch eine Handlung des Erwerbers. Warum soll er nun in einem Falle den Besitz zurückfordern können, im andern nicht? Die absichtliche Wegnahme ist allerdings schlimmer als die unabsichtliche, sie enthält noch eine Injurie gegen den Besitzer, und darum kann bei ihr noch Strafe und Schadenersatz eintreten, aber das Wegnehmen an sich, die Besitzveränderung an sich, ist doch in beiden Fällen dasselbe, der Besitzer verliert den Besitz wider seinen Willen, der andere bekommt ihn ohne allen Grund.

Aber, sagt man, das römische Recht schützt doch nun einmal den Besitz nur im Falle von gewaltsamer oder wenigstens absichtlicher Verletzung; allein das ist eben nicht wahr

Digitized by Google

und hier greifen eben die oben über das römische Recht gegebenen Ausführungen maßgebend ein. Beim negatorischen Schutze handelt es sich darum, jede thatsächliche Beeinträchtigung des Besitzes abzuwehren, zur Gewalt wird die Störung erst, wenn sie verboten ist und dann doch noch vorgenommen wird; der Besitz wird hier also nicht geschützt, weil die Gewalt verboten ist, sondern umgekehrt wird die Gewalt verboten, weil der Besitz geschützt werden soll. Beim recuperatorischen Schutze sind die Römer allerdings vom Falle der Gewalt ausgegangen, allein sie sind selber bald weit darüber hinausgegangen, und wir müssen das Princip natürlich nach der neuen Ausdehnung und nicht nach der alten Beschränkung bestimmen. Auch wer im Irrthume und bona fide fremden Besitz occupirt, muß ihn zurückgeben; zwar könnte man, wenn er nach Aufklärung des Irrthums nicht in Güte herausgiebt, dies noch für eine Art Gewalt oder Eigenmacht erklären; allein er kann ja ganz wohl bis zuletzt und bis zur Entscheidung bona fide sein, so daß von absichtlicher Verletzung der Persönlichkeit des Besitzers gar keine Rede ist. Allerdings wird die Klage stets als interd. U. V. bezeichnet und insofern formell aus dem Begriffe der vis abgeleitet, allein man unterschied die Gewalt und ihre Folgen sehr bewußt von der Besitzveränderung und ihrer Wiederherstellung; man trennte, wo es nöthig war, die Klage auf die letztere von der Gewalt und ihren Folgen, und gab sie selbständig auf die bloße Rückgabe des Besitzes. Es tritt das abgesehen von der Verjährung, die ja für beide Fälle verschieden ist, in allen Fällen ein, wo die Klage gegen einen andern als den Dejicienten gegeben wird, nämlich gegen die Erben und gegen die, für die Jemand ohne Auftrag die Dejection vorgenommen hat, wie juristische Personen, Bevormundete, bei Sklaven unter Umständen auch den Herrn, wenn die Sklaven dejicirt haben. Wenn aber die Pflicht der Rückgabe des Besitzes wirklich nur

Digitized by Google

durch das subjective Unrecht der Verletzung der Persönlichkeit des Besitzers begründet würde, so könnte sie auch immer nur den treffen, der dieses begangen hat, nicht aber andere, die nur den Besitz aus der Dejection bekommen haben, ohne an dieser selbst irgend wie Theil genommen zu haben oder dafür einstehen zu müssen. Man kann auch nicht sagen, immer müsse doch eine Gewalt verübt sein, der Besitzer den Besitz durch Gewalt verloren haben, nur dann könne er gegen den unschuldigen Dritten klagen. Denn wenn man nur das Erleiden und nicht das Verüben der Gewalt zum Klagegrund machen wollte, so müßte dann wie bei der actio metus jeder Dritte, an den die Sache nach der erlittenen Gewalt kommt, verklagt werden können. Wenn aber in solchen Dejectionsfällen die Klage einfach getheilt wird, die Klage auf Schadensersatz gegen den Thäter geht, die auf Rückgabe gegen den, der den Besitz durch die Dejection ohne Rechtsgrund bekommen hat, so sieht man, daß hier die verschiedenen Elemente, die in der Klage liegen, getrennt werden, das Delict und die Besitzveränderung, die ohne Grund gegen den Willen des Besitzers bewirkt ist. Daß der Dritte, der erst mittelbar vom ersten neuen Besitzer die Sache durch Titel oder neue Dejection bekommt, nicht haftet steht nicht entgegen, weil der frühere Besitzer seinen Besitz nicht an ihn ohne Grund verloren hat.

Man wird sagen, daß man auf diese Weise aus dem Delictsprincipe in das Condictionenprincip übergehe. Das ist ganz richtig. Es ist aber auch schon oben ausgeführt, wie nahe die condictio possessionis dem interd. U. V. stehe, und die Römer haben das wohl bemerkt. Die Klage gegen den, für den dejicirt ist, wird zwar in L. 1 §. 19 und L. 4 de vi noch als interdictum U. V. bezeichnet, in L. 1 §. 48 und L. 3 §. 18 dagegen als actio in factum, und dabei wird hervorgehoben, daß sie auf dem „in lucro versari" beruhe und eine reine „rei persecutio" enthalte. Darin liegt, daß sie nicht

Digitized by Google

blos in der Verletzung der Persönlichkeit des Besitzers einen Grund zur Pflicht der Rückgabe des Besitzers sehen, sondern auch in dem Erlangen seines Besitzes wider seinen Willen ohne einen Rechtsgrund. Man darf nicht einwenden, daß dann die Besitzklagen auch bei verlorenen Sachen gegen den Finder zulässig sein müßten. Denn erstlich war dies beim alten interd. Utrubi in gewisser Weise der Fall, dann aber findet ja bei einem schon verlorenen Besitze gar kein Entziehen desselben mehr statt, der Finder bekommt den Besitz zwar ohne Grund, aber nicht vom alten Besitzer, sondern an einer Sache ohne allen Besitz. Die Occupation ist hier selber eine Art Rechtsgrund: wie sie an der eigenthumslosen Sache Eigenthum giebt, giebt sie an der besitzlosen Sache Besitz.

Das Resultat ist, daß der Besitzesschutz dem Eigenthumsschutze ähnlicher ist, als man gemeiniglich annimmt. Wie das Eigenthum negatorisch und recuperatorisch gegen jede Störung und Entziehung des Besitzes der Sache geschützt wird, mag sie bona oder mala fide geschehen, aber bei mala fides mit schlimmeren Folgen für den Verklagten, als bei bona fides, so wird auch der Besitz negatorisch und recuperatorisch gegen Störung und Entziehung geschützt und beides nicht bloß bei bewußter absichtlicher Gewalt (mala fides) sondern auch bei bona fide geschehenen Handlungen, aber bei jenen mit Klage auf vollen Schadensersatz, bei diesen nur mit Klage auf Rückgabe.

Hiernach ist der Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung jedenfalls dahin festzustellen, daß der Grund des Besitzesschutzes irgendwie im Besitze selber liegt und nicht in der delictsmäßigen Art seiner Verletzung. Wie bietet nun der Besitz hierfür einen Anhalt? Wenn der Besitz ein Recht wäre, wie das Eigenthum, nur etwa schwächer, so wäre die Sache einfach. Man hat zwar gesagt, er sei unzweifelhaft ein Recht, da er ja rechtlich geschützt werde. Allein damit

Digitized by Google

kommt man nur zu dem weisen Satze: der Besitz ist ein Recht, weil er geschützt wird, und er wird geschützt, weil er ein Recht ist. Man könnte zwar den letztern Satz ablehnen und mit meinem Freunde B. sagen: warum der Besitz geschützt werde, sei gleichgültig, es komme nur darauf an, daß er geschützt werde, er sei zwar an sich ein Factum, allein das Gesetz habe ihn aus irgend welchen legislativen Zweckmäßigkeitsgründen, die sich nicht genau specialisiren ließen, bis auf einen gewissen Grad mit rechtlichem Schutze versehen, und somit insofern für ein Recht erklärt. Ich glaube nicht, daß sich hiergegen erhebliche Einwendungen machen ließen, nur befriedigt es nicht, die Sache wäre damit nicht erklärt, man hätte nur rein äußerlich das, was gesetzlich vorliegt, formulirt und in eine Definition gebracht. Wollte man sagen, das sei praktisch das allein zulässige und jedenfalls richtiger, als dem römischen Rechte unsere modernen philosophischen Speculationen unterzulegen, so sind die Worte von Paulus[1]) entgegen zu halten:

possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet.

Dabei liegt irgend eine Speculation über den Grund des Besitzesschutzes, welche es auch sein mag, ganz offenbar zu Grunde. Die Erklärung, der Prätor habe aus äußeren Zweckmäßigkeitsgründen den Schutz eingeführt, ist hier entschieden nicht möglich.

Frägt man nun, welches Element im Begriffe des Besitzes dasjenige sei, was jenes „plus iuris" begründe, und was also eigentlich den Grund des Besitzesschutzes bilde, so scheinen sich zunächst zwei Anhaltspunkte darzubieten: die Vortheile, die der Besitz dem Besitzer gewährt, und die Beziehung, in der er zum Eigenthume steht. Den ersten Anhalt haben Stahl und Büchel ergriffen, den letzteren Ihering.

1) L. 2 uti possidetis.

Digitized by Google

Die Vortheile des Besitzes sind klar. Der factische Besitz gewährt den factischen Genuß der Sache, giebt Beweisfreiheit beim Streite über das Eigenthum, und macht bei bona fides Usucapion bei mala fides wenigstens Klagenverjährung möglich. An das erste, den factischen Genuß, hat sich Stahl[1]) gehalten, an die Beweisfreiheit Büchel[2]), beides macht aber für die vorliegende Frage keinen Unterschied. Denn gegen beides gilt gleichmäßig der Einwand, den Ihering mit Recht gegen Stahl erhebt, daß das bloße Dasein eines factischen Interesses an sich noch kein Grund dafür sei, daß es auch rechtlich geschützt werde, und sogar possessorisch geschützt werde, so daß also nicht einmal der Einwand des Rechts dagegen zugelassen wird. Allerdings liegt der Grund des Besitzesschutzes insofern in dem Interesse, was der Besitzer am Besitze hat, als die vorläufige Erhaltung dieser Vortheile den praktischen Endzweck des Schutzes bildet. Allein man kann nicht sagen: weil Jemand einen Genuß hat, muß er ihm erhalten werden. Auch Paulus sagt nicht: weil der Besitzer Vortheil vom Besitze hat, hat er mehr Recht, als der Nichtbesitzer, sondern vielmehr: darum weil er Besitzer ist, hat er mehr Recht auf die Vortheile des Besitzes, als der, der den Besitz nicht hat. Mit dem factischen Genuß muß irgend ein Rechtsgrund auf die Fortdauer verbunden sein, wenn ein Rechtsschutz für dieselbe eintreten soll.

Nun besteht aber der ganze Besitz grade nur in dem fatischen Haben des Genusses, auf den Rechtsgrund des Besitzens kommt es nicht an; somit scheint auch der Grund des Besitzesschutzes nicht im Besitze selber als solchem liegen zu können, sondern nur in etwas anderem außer ihm. Dies ist der Standpunkt, auf den sich Ihering[3]) stellt. Er sagt:

1) Philosophie d. Rechts. 2, 395—6.
2) Ueber die Natur des Besitzes. 1868. S. 50 ff.
3) Beiträge, S. 44 ff. Besitzesschutz, S. 45 ff.

Digitized by Google

der Besitz wird überhaupt nicht um seiner selbst willen geschützt, sein Schutz ist nur ein „abgeleiteter", und zwar aus dem Eigenthume abgeleiteter, im Besitze soll nicht der Besitzer als solcher geschützt werden, sondern eigentlich nur der Eigenthümer, der Besitz wird nur „im Interesse der nothwendigen Ergänzung des Eigenthumsschutzes geschützt", der Besitz ist die Thatsächlichkeit des Eigenthums und sein Schutz nur „eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung"[1]). Der Gedanke ist dabei folgender:

Wollte man den Eigenthümer im Besitze und Genusse seiner Sache bei Störung oder Entziehung nur schützen, wenn er sein Eigenthum bewiese, so würde der Schutz des Eigenthums wegen der Schwierigkeit dieses Beweises auf eine unerträgliche Weise erschwert und beschränkt werden; daher muß, da der Besitz „die Thatsächlichkeit des Eigenthums" ist, vorläufig stets der Besitzer als Eigenthümer gelten, und darum der Beweis des Besitzes zur Erlangung des Schutzes genügen; damit wird man dann dem Erfolge nach in der Regel den Eigenthümer schützen, da dieser meistens der Besitzer ist; allerdings kann der Schutz, wenn das Eigenthum nicht untersucht wird, factisch immer auch einem Nichteigenthümer zu Theil werden, indessen ist das dann nur eine nicht beabsichtigte aber unvermeidliche Folge, deren geringer Nachtheil gegen den großen Vortheil der Erleichterung und Ausdehnung des Eigenthumsschutzes gar nicht ins Gewicht fallen kann.

Iherings Ansicht hat manchen Anklang gefunden, ich vermag mich nicht mit ihr zu befreunden, aus dem einfachen Grunde, weil sie wesentlich auf der Präsumtion vom Besitze auf das Eigenthum beruht, die Ihering selber verwirft. Der Gedanke, daß das Gesetz im Besitzer nur den Eigen-

1) Ihering nennt den Besitz auch eine „Position oder ein Vorwerk des Eigenthums"; (Beitr. 52. Besitzesch. 54) mir wie auch andern scheint dieses Bild nicht sehr glücklich gewählt.

Digitized by Google

thümer schützen will, und den Besitzesschutz nur als eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung ertheilt, ist logisch und legislativ nur gerechtfertigt, wenn das Gesetz von der Voraussetzung ausgehen kann, daß der Besitzesschutz factisch in der Regel, wenigstens in den meisten Fällen, vom Eigenthümer gefordert wird, also in der Regel auch wirklich ihm zu Gute kommt. Denn wenn das Gesetz umgekehrt annehmen müßte, daß factisch in den meisten Fällen der Besitzesschutz von Nichteigenthümern verlangt und erlangt würde, so würde es ihn vorzugsweise für Leute einführen, für deren Schutz es an sich gar keinen Grund hat, ja deren Schutz die Eigenthümer, die es grade schützen will, in hohem Grade gefährden würde, weil der Schutz der Nichteigenthümer natürlich nicht nur gegen andere Nichteigenthümer gehen würde, sondern sich häufig und leicht grade gegen den Eigenthümer selbst wenden könnte. Diese Consequenz wird durch das, was Ihering über die unbeabsichtigten Folgen und unvermeidlichen Consequenzen der Gesetze sagt, keineswegs beseitigt. Ich will dieser Idee an sich gar nicht entgegentreten, sondern halte sie für ganz richtig, aber ich glaube, daß ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall unrichtig durchgeführt ist. Ihering führt als Analogie die Berechtigung des Besitzers von Inhaberpapieren zur Einkassirung, so wie des Besitzers von Wechseln zur Indossirung an; auch diese beruhten, wie der Besitzesschutz, auf einer Erleichterung des Beweises, sie seien an sich nur zum Besten der berechtigten Inhaber eingeführt, kämen jedoch auch den unberechtigten zu Gute, aber eben auch nur aus unvermeidlicher Consequenz, weil sonst der Vortheil auch für die Berechtigten nicht möglich wäre. Das ist richtig, allein die Inhaberpapiere sind ein exceptionelles Institut, was seine besondere Gefährlichkeit und die Warnung davor gleich an der Stirne trägt, an dem sich auch Niemand zu betheiligen braucht, und was daher nur sehr beschränkte Analogieen zu-

Digitized by Google

läßt. Und selbst so beruht die Behandlung der Inhaberpapiere wesentlich auf der Voraussetzung und Annahme, daß der Inhaber in der Regel auch der Berechtigte sein werde, und die Fälle, wo Diebe die Papiere einlösen und die Wechsel indossiren, nur verschwindend wenige sind. Nöthigte die Erfahrung zu der Annahme, daß mehr Unberechtigte als Berechtigte, oder selbst nur gleich viele, die Einlösung resp. Indossirung vornähmen, so würde sich die Legitimation durch den Besitz gar nicht halten lassen. Hat man doch auch so immer noch einen Schutz gegen Unberechtigte für nöthig gehalten, und durch die Amortisation der verlorenen und gestohlenen Papiere und Wechsel zu bewirken gesucht.

Vergleicht man hiermit den Besitzesschutz, so beruft sich Ihering auf das „statistische Moment" zwar ausdrücklich nur zur Unterstützung, nicht zur Begründung; doch meint er, es spreche jedenfalls ganz schlagend zu seinen Gunsten, da sicher kaum 1/10 Procent aller Sachen sich in den Händen von Nichtberechtigten befänden. Ich will diese statistische Annahme nicht bestreiten, allein sie kann für die Begründung des Besitzesschutzes nicht die statistische Unterlage abgeben [1]). Wenn es sich um den statistischen Nachweis der Bedeutung eines Klagerechtes handelt, so kann nicht die unendliche Masse der Fälle, die nie klagbar werden, den Ausschlag geben, sondern es können nur die Klagefälle selber in Betracht gezogen werden. Die Frage kann hier nur so gestellt werden, ob die Mehrzahl der Besitzklagen von den wirklichen Eigenthümern angestellt werden und somit thatsächlich zum Schutze des Eigenthums dienen, oder nicht. Eine statistische Ermittlung hiervon wird wohl kaum möglich sein, würde aber jedenfalls ein wesentlich anderes Verhältniß als die obigen 1/10 Proc. geben.

1) Ich habe diese Frage in anderem Zusammenhange schon oben S. 11 berührt, muß aber hier noch ein Mal allgemeiner darauf eingehen.

Digitized by Google

Zwischen der Einlösung der Inhaberpapiere und dem Schutze des Besitzes ist der große Unterschied, daß jene eine einfache Ausübung der aus dem Besitze folgenden Rechte gegen einen Dritten sind, dem die Rechtmäßigkeit des Besitzes und der Einlösung völlig gleichgültig ist; beim Besitzprocesse ist dagegen grade der Besitz selber streitig und zwar zwischen denen, die in der Regel, wie Ihering selber mit Recht hervorhebt, zugleich auch über das Eigenthum im Streite mit einander sind. Dabei ist der Besitz wegen der Beweislast in hohem Grade präjudicirlich für das Eigenthum, und jeder sucht sich deshalb wenn irgend möglich privatim in den Besitz zu setzen und darin zu behaupten[1]), so daß es grade beim Besitzprocesse nothwendig stets ganz besonders zweifelhaft und ungewiß ist, ob der Besitzer grade auch der Eigenthümer ist. Wie will man es da logisch und legislativ rechtfertigen, daß man, um den Eigenthümer zu schützen, den Besitzer schützt? Das heißt ja principiell dem Hauptstreite vorgreifen, und den dem Eigenthümer zugedachten Schutz ohne allen innern Grund rein nach äußerer Zufälligkeit entweder ihm oder aber grade seinem Gegner geben, und damit in Folge der Beweislast dem Eigenthümer durch den ihm zugedachten Schutz den wirklichen Schutz seines Eigenthums vielleicht ganz und für immer vereiteln. Ich gebe Ihering gern zu, daß fast jedes Gesetz neben den beabsichtigten wohlthätigen Folgen auch mehr oder weniger unbeabsichtigte aber unvermeidliche nachtheilige Folgen hat. Aber natürlich muß doch jedes Gesetz das Verhältniß dieser beabsichtigten und unbeabsichtigten, wohlthätigen und nachtheiligen Folgen erwägen, und wenn die letzteren die ersteren überwiegen oder ihnen auch nur gleichstehen, oder wenn die Entscheidung ganz unbestimmbar von unberechenbaren Zufälligkeiten abhängt, so ist das Princip als solches

1) — ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de psa possessione. §. 4. I. de interdictis.

Digitized by Google

eben legislativ nicht gerechtfertigt. Das Gesetz kann dann zwar aus andern Gründen die Bestimmung doch aufstellen, wie z. B. die oben S. 219 ff. besprochenen Gesetze von Innocenz III. und Friedrich II., allein dann bilden eben diese andern Umstände den wahren Grund des Gesetzes. Es ist ganz etwas anderes, wenn man sagt: der Besitz muß selbstständig an sich geschützt werden, und dadurch wird auch für den Eigenthümer der Vortheil begründet, sich, wenn er im Besitze ist, durch die Besitzklage einen leichten Schutz zu verschaffen, als wenn man direct in dem letzteren den Grund des ersteren sehen wollte. Es ist die Verwechslung von Grund und Folge, die Ihering irre geführt hat. Das Verhältniß ist ähnlich wie bei der Publiciana. Auch diese ist nicht für den Eigenthümer eingeführt, kann aber von ihm zur leichteren Erlangung der Sache benutzt werden. Hier war es Delbrück, der die Folge zum Grunde machen wollte und dadurch in falsche Theoreme gerieth[1]).

Uebrigens kann ich aber Ihering gar nicht zugeben, daß das statistische Moment seiner Theorie nur zur Unterstützung diene, nicht aber zur Begründung gehöre. Das wäre nur richtig, wenn der Besitzesschutz zunächst aus andern Gründen als dem Eigenthume abgeleitet wäre, und dann zur Unterstützung hinzugefügt würde, daß er auch den Erfolg habe, häufig dem Eigenthümer zu Gute zu kommen. Da aber der einzige juristische Grund, worauf der ganze Schutz gestützt wird, nur und allein in der Absicht liegen soll, dem Eigenthümer einen Schutz durch Beweiserleichterung zu geben, so ist die Wahrscheinlichkeit der Erreichung dieses Zweckes nicht eine Unterstützung sondern wesentliche Voraussetzung und die eigentliche Grundlage der ganzen Begründung. Denn sobald man von der praktischen concreten Wahrscheinlichkeit

1) Näher ausgeführt habe ich dies in Bekkers Jahrb. 4, 11—21.

Digitized by Google

des Eigenthums absehen und den Schutz nur abstract darauf stellen wollte, daß der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums sei und schlechthin als solche geschützt werden müßte, so wäre es praktisch und in Wahrheit nicht mehr das Eigenthum, was man im Besitze schützte, sondern dann würde man einfach den Besitz als solchen schützen und dafür nur theoretisch die Idee der Thatsächlichkeit des Eigenthums zu Grunde legen; dann bliebe die Frage, warum neben dem Rechte des Eigenthums auch seine Thatsächlichkeit zu schützen wäre, ungelöst. Denn die Thatsächlichkeit des Eigenthums ist als solche bei allen Besitzern gleichmäßig dieselbe, und wenn sie daher als solche geschützt wird, so ist es reine Illusion, daß eigentlich nur der Eigenthümer in ihr geschützt werde. Es ist daher eine unklare Vermischung beider Standpunkte wenn ein Anhänger Iherings[1]) bei der Relation von Iherings Theorie erst sagt, der Besitz werde als die Thatsächlichkeit des Eigenthums bis zur ordnungsmäßigen Ermittelung des Eigenthums geschützt, und dann hinzufügt, dabei sei die „Rechtsintention" dem Eigenthümer ohne schwierigen Beweis einen vorläufigen Schutz für die thatsächliche Rechtsausübung zu verschaffen, und „im Großen und Ganzen" leiste der Schutz auch diese Aushülfe. Den ersten Gedanken könnte man sich gefallen lassen, nämlich daß bei zweifelhaftem Rechte des Eigenthums einstweilen die Thatsächlichkeit desselben geschützt werden müsse; völlig unerwiesen und unerweislich ist dagegen schon an sich, ob dieser Schutz wirklich dem factischen Erfolge nach überwiegend dem Eigenthümer zu Gute kommt. Sobald man aber beide Gedanken in der Intention des Gesetzes mit einander verbindet, also den letztern zum Zwecke des erstern macht, heben sie einander gegenseitig auf. Denn wenn der Zweck des Schutzes der Schutz des wirklichen

1) Hauser in d. Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht. 1, 37.

Digitized by Google

Eigenthümers ist, so ist die Hoffnung und Wahrscheinlichkeit, diesen Zweck zu erreichen, also das statistische Moment, der eigentliche Grund des Schutzes, und die Thatsächlichkeit blos Erkennungsmittel und Veranlassung; wenn dagegen die Thatsächlichkeit als solche geschützt werden soll, so kann zwar jeder die Hoffnung und Nebenabsicht, den Eigenthümer zu schützen, nach Belieben damit verbinden, allein der eigentliche Grund muß dann ein anderer sein.

Wenn schließlich Ihering den Unterschied seiner Theorie von den andern dahin zuspitzt, diese wollten die Diebe und Räuber schützen, er nur die ehrlichen Leute, so ist das mehr piquant als wahr. Kein Mensch denkt daran, die Diebe als solche zu schützen, keiner will auch nur den Besitz darum schützen, damit auch die Diebe einen Schutz hätten, sondern jeder erkennt nur die Consequenz an, daß wenn der Besitz als solcher geschützt werden muß (was auch der Grund sein mag), er auch im Diebe geschützt werden muß, da der Dieb nicht rechtlos ist, sondern die allgemeinen Menschenrechte behält. Juristisch wird aber überhaupt, da die Erwerbsart des Besitzes im Possessorium gar nicht zum Beweise kommt, nie der Dieb als solcher, sondern stets nur der Besitzer als solcher geschützt. Das ist jedenfalls juristischer, als wenn man von der Absicht ausgeht, den Eigenthümer gegen den Dieb zu schützen, aber weil man sich nicht die Zeit nimmt, beide zu unterscheiden, eben so gut auch umgekehrt den Dieb gegen den Eigenthümer schützt.

§. 27.

Römische Theorie.

Durch die bisherigen Ausführungen wird man von selbst immer bestimmter darauf hingeführt, daß der Grund des Besitzesschutzes durchaus in nichts anderem als im Besitze selber zu suchen ist. Dies ist denn auch allein der Standpunkt des

Digitized by Google

römischen Rechts, wie jetzt specieller zu beweisen ist. Der Ausgangspunkt dafür liegt in der schon öfter angeführten Aeußerung von Paulus in L. 2. uti poss., daß der Besitzer:

hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet.

Die Aeußerung ist weder von Savigny noch von Jhering noch sonst Jemand genauerer Würdigung unterzogen und daher hier einmal vollständig in ihrer Bedeutung zu entwickeln. Sie bildet die L. 2 im Titel Uti possidetis. Wir haben sie nicht mehr in ihrem vollen Zusammenhange. Sie ist in den Pandecten nur in Ulpians Commentar zum interd. U. P., der in der langen L. 1 und 3 enthalten ist, eingeschaltet. Dieser bespricht in L. 1 i. f. die exceptio vitii und ihre Beschränkung auf das „alter ab altero" und sagt dabei:

hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debet propter hoc, quod ab eo possidet, vincere, has enim possessiones non debere proficere palam est.

Dazu haben die Compilatoren aus Paulus Edicts-Commentare als nähere Begründung den Satz hinzugefügt:

Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet.

Die Stelle ist aus dem 65. Buche des Commentars, also dem, worin Paulus die beiden Interdicte U. V. und U. P. behandelt hatte[1]). Die Worte „in hoc interdicto" bezogen sich also unzweifelhaft schon ursprünglich auf das in-

1) Rudorff, edict. perp. p. 278.

Digitized by Google

terd. U. P., und bei diesem unzweifelhaft auch auf die exc. vitii, eben dadurch wurden die Compilatoren veranlaßt, sie hier hinter Ulpians Worten einzuschalten. Ulpian hatte mehr die Beziehung der iniusta possessio zum bisherigen Besitzer, dem der Besitz iniuste entzogen war, ins Auge gefaßt und gesagt: es sei klar (palam est), daß gegen diesen der ungerechte Besitzer nicht geschützt werden könne, vielmehr die exc. vitii ihm entgegenstehe.

Paulus hebt nun die andere Seite, die Beziehung zu Dritten, hervor und sagt, ob der Besitz Dritten gegenüber vitiös sei oder nicht, sei gleichgültig, das vom Kläger gegen Dritte verübte Unrecht begründe für den Verklagten keine Einrede; denn relativ zwischen ihm und dem Kläger komme es nur darauf an, daß dieser Besitzer sei und er nicht, weil jeder Besitzer, auch der ungerechte, doch jedenfalls als Besitzer durch seinen Besitz mehr Recht habe als der Nichtbesitzer. Es ist das jedoch nicht etwa als eine besondere individuelle Idee von Paulus anzusehen, sondern es ist nur die praktische Durchführung des Satzes, den schon Labeo[1]) ausgesprochen hatte:

in summa possessionis non multum interest, iuste an iniuste quis possideat.

Der Satz ist hiernach zunächst zwar nur für die relative Beschränkung der exceptio vitii ausgesprochen, er geht indessen in seiner inneren Bedeutung offenbar weit darüber hinaus. Denn wenn der Verklagte beim U. P. aus der vom Kläger gegen Dritte verübten Gewalt keine Einrede herleiten kann, so heißt das positiv genommen, daß der Besitzer gegen jeden geschützt wird, außer gegen den, von dem er den Besitz vitiös erworben. Wenn daher als Grund hierfür angegeben wird, daß der Besitzer, auch der ungerechte, schon durch

1) L. 3. §. 5 de poss.

Digitized by Google

seinen Besitz mehr Recht habe als der Nichtbesitzer, so ist damit überhaupt der Grund für den Besitzesschutz beim U. P. in diese Idee gesetzt. Daraus folgt dann wieder weiter, daß, da der Schutz gegen Entziehung keinen andern Grund haben kann, als der gegen Störung, auch das interd. U. V. auf jener Idee beruht. Somit ergiebt sich daraus zuletzt der allgemeine Gedanke, daß überhaupt der ganze Schutz des Besitzes auf dem Principe beruht, daß der Besitzer als solcher, also der ungerechte ebenso wie der gerechte, jedenfalls durch seinen Besitz mehr Recht hat als der Nichtbesitzer.

Daraus ergiebt sich für die römische Anschauung dreierlei:

1. Der gerechte und der ungerechte Besitz haben einen und denselben Grund des Schutzes, nicht verschiedene, beide werden aus Absicht geschützt, nicht der eine aus Absicht, der andere aus „leidiger unvermeidlicher Consequenz".

2. Der Grund liegt nicht außerhalb des Besitzes im Eigenthume, sondern direct im Besitze selber, „hoc ipso quod possessor est."

3. Der Grund ist nicht, weil der Besitz einfach ein Recht wäre, sondern weil der Besitzer dadurch, daß er besitzt, mehr Recht (plus iuris) hat als der Nichtbesitzer.

In diesem „plus iuris" liegen nun aber zwei Fragen, nämlich:

1. Wie viel mehr Recht hat denn der Besitzer, und welcher Art ist es?

2. Warum hat er mehr Recht?

Die erste Frage erledigt sich einfach durch den Umfang des Besitzesschutzes, wie er in den früheren Ausführungen festgestellt ist. Danach besteht der Vorzug und das Recht des Besitzers nicht blos darin, daß der Nichtbesitzer keine Gewalt gegen ihn anwenden darf, sondern allgemein darin, daß der Nichtbesitzer ganz objectiv und in keiner Weise wider

Digitized by Google

den Willen des Besitzers dessen Besitz beeinträchtigen oder an sich nehmen darf, sonst der Besitzer eine Klage auf Abwehr oder Rückgabe gegen ihn hat. Natürlich hat der, der mehr Recht hat, als ein anderer, insofern stets auch überhaupt ein gewisses Recht, und insofern kann man sagen: der Besitzer hat als solcher das Recht, den Besitz unbeeinträchtigt fortzusetzen, bis er selbst ihn fortgiebt (oder er ihm in Form Rechtens aberkannt und vom Gerichte abgenommen wird). Dagegen hat der Besitzer nach römischem Rechte insofern nicht mehr Recht als der Nichtbesitzer, daß er auch dann, wenn er den Besitz ohne fremde Handlung durch Zufall verloren hat, z. B. bei verlorenen Sachen, aus seinem früheren Besitze mehr Recht auf die neue Occupation hätte, als ein Nichtbesitzer. Darum giebt das römische Recht hier keine Besitzklage.

Nicht so leicht beantwortet sich die zweite obige Frage, warum der Besitzer mehr Recht hat, als der Nichtbesitzer. Es ist sonderbar! Paulus hat den Grund offenbar für ganz einfach und sich von selbst verstehend gehalten; denn er deutet ihn gar nicht näher an und glaubt offenbar mit den Worten „hoc ipso quod possessor est“ alles ganz klar gemacht zu haben. Und wir quälen uns seit Jahrhunderten ab, den Grund zu finden! Um dem wirklichen Gedanken von Paulus nahe zu kommen, werden wir von unseren modernen philosophischen und legislativen Speculationen zunächst ganz absehen und nach ganz einfachen und handgreiflichen Kategorien suchen müssen. Das nächste ist hier der bekannte Ausspruch desselben Paulus in L. 127 de R. I.:

In pari causa possessor potior haberi debet.

Bei gleichen Verhältnissen, d. h. bei gleichen Ansprüchen, Rechtsgründen, Rechten, aber ebenso auch bei gleichen Nicht-Rechten oder gleichmäßig nicht erwiesenen Rechten, geht der Besitzer vor, hat also durch seinen Besitz den Vorzug, oder

Digitized by Google

mehr Recht als der Nichtbesitzer. Die Stelle ist aus Lib. 19 ad edictum von Paulus, also dem Buche, in welchem er die actio Publiciana behandelte. Sie bezieht sich also wahrscheinlich auf die Frage nach der actio Publiciana in dem Falle, wenn zwei Personen von verschiedenen Nichteigenthümern gekauft haben, wo Ulpian mit Julian ganz ebenso entscheidet:

ut, si a diveris non dominis (emerint), melior causa sit possidentis quam petentis [1]).

Es ist also dasselbe Princip, was sich gleichmäßig und mit denselben Worten auch in anderen Fällen findet, so z. B.:

si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit [2]).

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit in solidum, — possidentis meliorem esse conditionem [3]).

Das Princip ist verallgemeinert auch auf Fälle von uneigentlichem Besitze, z. B. den Besitz von Vortheilen, Gewinn u. dgl., übertragen:

si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse [4]).

Cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis [5]).

Es ist also überall der Gedanke: wer im Besitze ist, kann den Besitz behalten, wenn er auch kein Recht, oder wenigstens nicht mehr Recht als ein anderer, darauf hat, sofern nur der Gegner entweder gar kein oder wenigstens kein stärkeres Recht auf den Besitz gegen ihn hat. Der Satz steht daher in enger Verbindung mit dem weiteren Principe, daß

1) L. 9 § 4. de Publiciana.
2) L. 14 qui potiores.
3) L. 10 de pignoribus.
4) L. 8 de cond. ob turp. c. Ebenso in L. 5 §. 1 de calumn. „— melior erit causa possidentis".
5) L. 126 §. 2 de R. I.

Digitized by Google

bei der Vindication und ſonſt der Beſitzer die Sache, wenn ſie ihm auch entſchieden nicht gehört, doch im Beſitze behält, ſobald der Kläger ſeine Klage nicht beweiſen kann:

etiam si eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio [1]).

vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant [2]).

Es iſt derſelbe Satz den ſchon Ariſtoteles [3]) ſo ausſpricht: *Ἐὰν ὁ μὲν τύχῃ ἐγκαλῶν, ὁδὲ ἀμφισβητῶν, — δεῖν — νέμεσθαι τὸν κεκτημένον, ἕως ἄν κριθῇ.*

Man pflegt nun zwar ſeit Savigny zu ſagen, es ſei das keine Folge des Beſitzes, ſondern des Satzes, daß jeder Verklagte freigeſprochen werden muß, wenn die Klage nicht bewieſen wird. Das iſt wohl richtig, allein warum muß denn der Eigenthümer klagen und beweiſen, wenn er nicht beſitzt? warum kann er die Sache dem Beſitzer, der kein Recht daran hat, nicht einfach wegnehmen, ſo wie er ſie ſeinem Detentor, Miether, Commodatar u. a., nehmen kann? Der Grund dafür liegt doch nur darin, daß, ſo lange keiner von beiden ein Recht bewieſen hat, beide dem Rechte nach gleich ſtehen, und dann „in pari causa potior haberi debet possessor"; das aber führt wieder auf den Satz zurück, daß der Beſitzer „hoc ipso, quod possidet plus iuris habet, quam ille qui non possidet". Alſo: weil der Beſitzer durch ſeinen Beſitz mehr Recht hat als der Nichtbeſitzer, wird er in ſeinem Beſitz geſchützt, und weil er darin geſchützt wird, muß der, der Anſprüche darauf macht, klagen und beweiſen, ſonſt behält der Beſitzer den Beſitz. Somit beruht der Schutz des Beſitzes und die Behandlung der Klage und der Beweislaſt

1) §. 4 I. de interd.
2) L. 5 pr. si ususfr. pet.
3) *Προβλήματα, περὶ δικαιοσύνην καὶ ἀδικίαν.* 29, 13.

Digitized by Google

auf demselben Grunde. Er läßt sich dahin zusammenfassen, daß weil der Besitzer durch seinen Besitz mehr Recht hat, als der Nichtbesitzer, er in seinem Besitze so lange geschützt wird, bis ein anderer ein Recht auf den Besitz processualisch erwiesen und erstritten hat.

Damit kommt man nun freilich wieder auf die Frage zurück, warum denn der Besitzer durch den Besitz mehr Recht hat, als der Nichtbesitzer. Eine directe Antwort geben die Römer auf die Frage überhaupt nicht, doch finden sich folgende Elemente zur Construction der Antwort: der Besitzesschutz ist nicht ganz allgemein aufgestellt, sondern nur da, wo auch Eigenthum möglich ist; wo dies nicht ist, wird auch kein Besitzesschutz gegeben, nämlich subjectiv bei Sklaven und Hauskindern und objectiv bei res extra commercium. Danach findet also eine gewisse Parallele zwischen dem Eigenthums- und Besitzesschutze statt. Mit Recht hat Ihering dies hervorgehoben, doch kann man daraus nicht folgern, daß im Besitze überhaupt eigentlich nur das Eigenthum geschützt werden solle, sondern nur daß negativ da, wo keine rechtliche Herrschaft möglich ist, auch die factische nicht geschützt werden soll. Darin tritt indessen ein innerer Zusammenhang des Besitzprincipes mit dem Eigenthumsprincipe deutlich hervor. Näher bestimmt wird dies, wenn man die drei allgemeinen Herrschaftsverhältnisse, die bei Sachen möglich sind, mit einander vergleicht, nämlich:

einfacher Besitz,
titulirter Besitz (bonae fidei possessio),
Eigenthum.

Das letztere giebt absolutes Recht, die beiden andern nur relatives, und zwar heißt es beim einfachen Besitzer:

possessor potior est, potior haberi debet, plus iuris habet, quam ille qui non possidet;

beim titulirten Besitzer:

Digitized by Google

qui bona fide emit possessionemque ex ea causa nactus est, potius rem habeat,[1]) (quam quilibet alius praeter dominum)[2]).

Also beide haben kein eigentliches und absolutes Recht, sondern nur eine größere oder geringere Potiorität, Vorzug vor andern: der einfache Besitzer geht dem Nichtbesitzer vor, der titulirte Besitzer dem einfachen, der Eigenthümer geht allen vor. Das Princip ist dabei offenbar folgendes: Das Eigenthum ist zwar das einzige eigentliche und volle Recht an der Sache mit absolutem Schutze, allein sofern es nicht in Frage steht oder nicht erwiesen ist, müssen einstweilen relativ auch die geschützt werden, die wenigstens einzelne Elemente des Eigenthumserwerbes für sich haben, nicht weil man dann das übrige vermuthet und daher im Besitzer den wahrscheinlichen Eigenthümer schützen will, sondern weil, wer einzelne Elemente des Eigenthums hat, besser (potior) ist, mehr Recht hat, als die, die dies nicht haben. Die äußeren Elemente des Eigenthumserwerbes sind aber bekanntlich Titel und Besitz, folglich hat der titulirte Besitzer mehr Recht als der einfache, und der einfache Besitzer mehr Recht als der Garnichtbesitzer.

Ich will nicht behaupten, daß die Römer sich diese Verhältnisse schon theoretisch so zusammengelegt haben, allein der Sache nach sind sie in den praktischen Resultaten enthalten, und man hat daher das Recht, weiter darauf fortzubauen. Es entsteht nämlich wieder weiter die Frage, warum denn der, der nur ein Element des Eigenthumserwerbes hat, mehr Recht habe, als der, der es nicht hat, da doch ein einzelnes Erwerbselement eben noch keinen Erwerb und folglich auch kein Recht begründet? Das römische Recht verläßt uns hier unmittelbar ganz. Doch

1) L. 17 D. de Publiciana.

2) Diese Worte fehlen in den Pandekten, sind aber von Mommsen mit Recht aus den Basiliken ergänzt.

Digitized by Google

kann man, abgesehen von nahe liegenden Billigkeits[1])- und Zweckmäßigkeitsgründen, aus der römischen Eigenthumslehre die weitere Begründung entnehmen. Die Römer sehen das Eigenthum nicht als eine besondere Erfindung und Einrichtung des ius civile an, sondern leiten es aus dem ius gentium oder naturale ab. Paulus sagt:

Dominium rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur; nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum ceperint[2]).

Das letztere wird von Gajus näher dahin bestimmt:

omnia animalia, quae in terra mari caeloque nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt; quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur[3]).

Die Römer nehmen also an, daß der freie Mensch als solcher, nicht blos der römische Bürger, wenn er eine Sache, die Niemanden gehört, in Besitz nimmt, daran von selbst „naturali ratione" das Eigenthum erwirbt, und daß alles Eigenthum insofern aus dem Besitze stamme, weil alle Sachen ursprünglich einmal irgendwie zuerst in Besitz genommen und dadurch zuerst in das Eigenthum der Menschen gekommen sein müssen. Die „naturalis ratio" ist also nichts anderes, als die Anerkennung der Freiheit des Menschen in der Unterwerfung der unfreien Natur, der Sachen. Es ist nur die natürliche Consequenz dieser Anerkennung, daß wenn das Freie das Unfreie sich unterwirft, es als Herr desselben, also als Eigenthümer desselben, gelten muß.

Diese Auffassung des Eigenthums zieht nun aber den

1) „quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, — quae Publiciana appellatur. §. 4 I. de action.

2) L. 1 §. 1 de possessione.

3) §. 12 I. de R. D.

Digitized by Google

Schutz des Besitzes fast nothwendig als Ergänzung nach sich. Denn in dem allgemeinen Occupationsrechte bei herrenlosen Sachen liegt, daß der Herrschaftswille der Person, der animus domini, wenn er sich in wirklichem Besitze bethätigt hat, stets durch sich selbst berechtigt ist, sofern er nicht gegen fremdes Recht auftritt. Daraus folgt, daß wenn eine Sache zwar nicht entschieden herrenlos, das fremde Recht aber unbekannt oder zweifelhaft ist, der Besitzer bis zu dessen Beweise im Besitze zu bleiben gleichfalls von selbst berechtigt ist, dieser ihm nicht wider seinen Willen entzogen werden darf, er also durch seinen Besitz auch ohne wirkliches Recht an der Sache relativ einen Vorzug vor jedem Nichtbesitzer hat. Es wäre ein innerer Widerspruch, dem Besitze mit animus domini bei Herrenlosigkeit der Sache absolute Geltung zuzuschreiben und ihm bei unbekanntem oder zweifelhaftem Herrenthume gar keine Bedeutung beizulegen. Aus der relativen Berechtigung folgt dann aber der Schutz bis zum Beweise und zur Erstreitung des absoluten oder wenigstens besseren Rechtes von selbst. Und dies eben ist das „plus iuris" oder die Potiorität, die die Römer dem Besitzer beilegen, und worauf sie den Schutz desselben gründen. Es soll damit nicht gesagt werden, daß die Prätoren bei der Einführung der Interdicte von dieser Theorie ausgegangen und geleitet sind, sie wurden natürlich durch das unmittelbare praktische Bedürfniß bestimmt und veranlaßt. Allein die spätere juristische Theorie hat bei ihrem „plus iuris habere" und „potior haberi" diese Idee der relativen Berechtigung mehr oder weniger klar erkannt, und dem Besitzesschutze zu Grunde gelegt. Daß die römischen Juristen nur wenige einzelne und beiläufige Aeußerungen darüber gegeben haben, wird Niemanden, der ihre Methode kennt, wundern.

Zieht man die bisherige Ausführung in eine kürzere Formulirung zusammen, so erscheint der Besitzesschutz im

Digitized by Google

allgemeinen als eine Consequenz der Regel „in pari causa potior possessor" und beruht näher darauf, daß der Mensch durch seine Freiheit (Persönlichkeit) von selbst berechtigt ist, die Sachen zu beherrschen, und daß daher sein Herrschaftswille (animus domini), wenn er durch Besitznahme zur thatsächlichen Herrschaft gelangt ist, ihm bei erwiesener Herrenlosigkeit der Sache von selbst absolutes Recht (Eigenthum) giebt, sonst wenigstens relatives in so weit, daß er nur dem erwiesenen Eigenthum oder sonstigem Rechte zu weichen braucht, bis dahin aber seine Herrschaft ihm wider seinen Willen weder gestört noch entzogen werden darf, er also in soweit durch seinen Besitz relativ mehr Recht hat als der Nichtbesitzer, also: hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet.

Hierin sind folgende einzelne nähere Bestimmungen für die Idee des Besitzesschutzes enthalten:

1. Der Besitz ist an sich kein Recht, sondern eine Thatsache, nämlich die thatsächliche Herrschaft über die Sache, aber durch diese Thatsache hat der Besitzer einen Vorzug, ein Vorrecht (plus iuris), vor jedem Nichtbesitzer, und darauf beruht sein Recht zum Schutze in seinem Besitze.

2. Der Besitz wird nicht darum geschützt, weil Gewalt und Eigenmacht gegen die Person schlechthin ein Unrecht wären, das sind sie nicht, sondern: nur weil und soweit der Besitz ein Recht giebt, sind Gewalt und Eigenmacht gegen ihn ein Unrecht, gegen das er geschützt werden muß. Eben darum sind sie aber auch nicht das einzige Unrecht, was gegen ihn möglich ist und gegen das er geschützt werden muß, vielmehr ist sachlich auch die unbefangene und unabsichtliche Störung oder Entziehung des Besitzes eine Verletzung des Besitzrechtes, also ein Unrecht, gegen das der Besitzer Schutz verlangen kann, und nur die speciellen Folgen des dolus und der culpa fallen dabei weg.

Digitized by Google

3. Wie der Besitz erlangt ist, ist für das relative Recht gegen den Nichtbesitzer gleichgültig. Er wird schlechthin als solcher geschützt wegen des aus der Persönlichkeit des Besitzers fließenden relativen Rechts, nicht wegen eines wahrscheinlichen oder präsumirten Eigenthums. Nur wenn der Besitz widerrechtlich von einem andern erlangt ist, und dieser daher aus seinem früheren Besitze relativ die Besitzklage gegen den jetzigen Besitzer hat, kann dieser relativ gegen den früheren die Besitzklagen nicht haben, sondern steht ihm relativ die exceptio vitii entgegen. Im römischen Rechte ist diese zwar beim interdictum U. V. ausgeschlossen, indessen ist das eigentlich in der Sache selbst nicht begründet, nur die persönliche Gewalt muß verboten sein. Das preußische Landrecht macht daher auch keinen Unterschied, sondern läßt die Einrede bei Störung und Entziehung gleichmäßig zu. Das sächsische Gesetzbuch (§. 207) hat wieder den römischen Standpunkt eingenommen, und durch die Absicht, gegenseitige Dejectionen zu verhüten, läßt sich das auch allenfalls rechtfertigen.

Daß auch Dejicienten und Diebe den Besitzesschutz gegen Dritte, nicht aber gegen den Dejicirten und Bestohlenen haben, versteht sich hiernach von selbst. Sie haben ihn aber nicht, weil der Besitzesschutz dazu erfunden wäre, um Diebe und Räuber zu schützen, sondern weil auch sie Menschen und und Personen und Besitzer sind, so gut wie die ehrlichen Leute, und beim Besitzesschutze nur diese Qualität in Betracht kommt, die Art des Besitzerwerbes aber gar nicht als solche in Frage gezogen wird. Daß ihnen, wenn sie sich mit ihrem Diebstahle oder Raube „vor dem Richter brüsten", strafrechtlich oder polizeilich die Sache genommen werden kann, dann aber auch wenn der Bestohlene noch gar nicht bekannt ist oder nicht klagt, hat auf die privatrechtliche Behandlung an sich keinen Einfluß.

4. Das relative Recht aus dem Besitze begründet nur gegen

Digitized by Google

den eine Klage, der es verletzt, ohne Unterschied aber, ob er es absichtlich oder unabsichtlich thut. Gegen Dritte, an die der Besitz von diesem kommt, sei es durch Succession oder auf andere Weise, namentlich neue Dejection, läßt sich einfach logisch aus dem Begriffe keine Klage begründen, abgesehen natürlich von den oben näher besprochenen Fällen, wo durch Vertreter eine Dejection für einen Dritten geschehen ist, und etwa dem Falle des canonischen Rechts, wenn Jemand durch bewußten Erwerb der Sache nachträglich an dem Unrechte gegen das Besitzrecht Theil nimmt. Daß positive Gesetze aus besonderen Gründen weiter gehen können, ist oben ausgeführt.

5. Das Recht aus dem Besitze hört mit dem Besitze selber auf, mag man ihn selber fortgeben oder durch Zufall verlieren, namentlich bei beweglichen Sachen. Gegen den späteren neuen Occupanten, auch den Finder bei Mobilien, läßt sich aus dem Besitze als solchem, falls man nicht Fortdauer trotz des Verlustes fingirt, keine Klage begründen, eben weil die Occupation einer besitzlosen Sache zwar sonst widerrechtlich sein kann, aber wenigstens keinen Besitz als solchen und das Recht daraus verletzt.

6. Bei freiwilliger Weggabe des Besitzes kann zwar von einem eigentlichen Besitzesschutze keine Rede sein; wenn die Weggabe indessen auf einem nicht vollgültigen und daher rechtlich anfechtbaren Grunde beruht, wie Zwang, Betrug, Irrthum, turpis causa u. s. w., so kann dadurch wie sonst eine gewöhnliche Klage, actio metus, doli, condictio indebiti u. s. w., begründet sein, die den Besitz als Vermögensbestandtheil, den er durch seine Vortheile bildet, zum Gegenstande hat. Die Behandlung solcher Klagen ist oben im fünften Abschnitte näher ausgeführt.

7. Der ganze Begriff des Besitzes und das Princip seines Schutzes beruht wesentlich darauf, daß der Besitzer im Besitze die Sache seinem Herrschaftswillen unterworfen haben

Digitized by Google

will. Darauf beruht das Erforderniß des animus domini und die Ausschließung des Besitzesschutzes bei der Detention. Der bloße Vertreter fremden Besitzes ohne eigenes Interesse kann auch bei den Verletzungen des Besitzes immer nur die Vertretung des fremden Interesses und Rechtes fortsetzen, also nur als Vertreter des eigentlichen Besitzers für diesen und in dessen Namen die Besitzklagen anstellen. Für eine Besitzklage auf eigenen Namen fehlt der ganze Boden. Anders ist es bei der Detention mit eigenem Interesse, wie Miethe, Nießbrauch, Pfand, Retention. Hier ist im allgemeinen zwar auch Vertretung fremden Besitz-Willens und Interesses, aber in gewisser Beziehung, nämlich in Betreff und bis zum Maaße ihres betreffenden Rechtes, haben solche Detentoren auch eigenen Herrschaftswillen und insoweit eigenen Besitz. Sie wollen die Sache im allgemeinen zwar nur als eine fremde haben, sie also nur als Vertreter des fremden Besitzes für den eigentlichen Besitzer detiniren und ihm die Herrschaft offen halten; insoweit aber, als ihr Recht geht, wollen sie die Sache für sich selber haben, sich selber die Einwirkung darauf möglich machen und offen halten, also eine gewisse mehr oder weniger beschränkte Herrschaft für sich haben. Es ist dasselbe Verhältniß, wie zwischen dem Eigenthume und den Rechten Fremder an der Sache. Jenes ist das Recht der allgemeinen Herrschaft über die Sache, was jede Befugniß in sich schließt, die nicht besonders beschränkt ist, diese geben nur das Recht zu bestimmten einzelnen, mehr oder weniger ausgedehnten, und auch nur insoweit die allgemeine Herrschaft beschränkenden, Befugnissen. So wenig diese beschränkten Rechte das allgemeine Recht des Eigenthümers aufheben, so wenig hebt der beschränkte Besitz bei ihnen den allgemeinen Besitz des Eigenthümers auf. Diese beschränkten Besitzverhältnisse sind nun im römischen Rechte bei den Servituten unter den Gesichtspunkt eines Besitzes des Rechts an der Sache, quasi possessio

Digitized by Google

iuris, gestellt, aus Gründen, die ich früher näher ausgeführt habe[1]). Bei Detention aus blos persönlichem oder obligatorischem Rechte, wie Miethe u. s. w., ist ein solcher Quasibesitz zwar nicht angenommen, weil der Detentor hier nach der römischen Auffassung dieser Rechte gar keinen unmittelbaren Willen in Beziehung auf die Sache hat. Indessen ist schon oben §. 21 gezeigt, daß, wie, und warum die heutige Rechtsanschauung über diesen Standpunkt hinausgeht. Hiervon abgesehen sind die Unterscheidungen von Besitz der Sachen und der Rechte, Besitz und Detention, Detention zu reiner Vertretung und mit beschränktem eigenen Interesse, und Detention mit und ohne Quasibesitz so vollständig im ganzen Rechtssysteme, namentlich dem römischen, begründet, daß ich es offen gestanden nicht verstehe, wenn Ihering[2]) sagt: es sei „eitel Spitzfindigkeit", wenn man sage, die Miether u. s. w. hätten „nicht den Willen zu besitzen", sie hätten im Gegentheil „von dem Unterschiede von Detention und juristischem Besitze nicht die geringste Vorstellung", ihr Besitzwille sei von dem der Besitzer „in Nichts verschieden", auch werde „doch wohl schwerlich Jemand glauben, daß der Pächter eines ager vectigalis einen andern Willen gehabt habe, als ein sonstiger Pächter", u. s. w. Wie gesagt, ich verstehe es nicht, daß der Miether denselben Willen haben soll, wie der Besitzer. Unter animus domini oder Besitzeswillen verstehe ich nicht blos den Willen, die Sache zu detiniren, d. h. in den Händen zu haben, sondern den Willen, die Sache wie ein Eigenthümer zu beherrschen, also sich jede Einwirkung bis zur Zerstörung möglich machen zu wollen. Daran denkt der Miether nicht, er will die Sache nur insoweit beherrschen, als es ihm der Miethcontract erlaubt; in allen Beziehungen, die darüber hinausgehen, Veränderungen, Verschlechterungen, Rechte

1) Besitz im Mitt. S. 475—479. 80—82.
2) Beiträge, S. 38. 39. Besitzesschutz, S. 39. 40.

Digitized by Google

Dritter an der Sache u. s. w., will er sie nur im Namen des Vermiethers und für diesen detiniren. Insofern weiß jeder Miether sehr wohl, wie verschieden der animus conductoris vom animus domini ist: mit Neid sieht er den Hausbesitzer an, der den Willen haben kann, sein Haus nach Belieben zu behandeln, während er selber nicht den Willen zu fassen wagt, eine neue Tapete ohne Erlaubniß des Vermiethers einzukleben, oder gar eine Gaseinrichtung herstellen zu lassen. Und daß der Erbpächter, der die freie Verfügung über das Gut, abgesehen nur von Deterioration, haben will, auch nach Umständen das Gut verkaufen und vermachen will, keinen andern Willen habe als ein gewöhnlicher Pächter, der ängstlich seinen Pachtcontract studirt, um ja nicht mehr zu wollen, als ihm dieser gestattet, das begreife ich auch nicht. In solchen praktischen Beziehungen aber und nicht in theoretischen Definitionen muß man natürlich den Unterschied zwischen dem allgemeinen Herrschaftswillen des Besitzers und dem besondern des Detentors suchen. Ihering sagt zwar, dann liege der Besitzmangel in der Verschiedenheit der Rechte, und nicht des Willens. Allein schon der gewöhnliche ehrliche Mensch will nicht mehr, als er darf, und wenn man daher bei allen solchen beschränkten Rechten und Besitzverhältnissen den factischen Willen der Personen bestimmen will, so kann und muß man es ohne weiteres nach dem Inhalte der betreffenden Rechte thun.

Das einzige, worin ich Ihering hier beistimme, ist, daß der Unterschied von Detention und Besitz bei Pacht und Precarium, wenn er nicht im römischen Rechte stände, sich gewiß nicht aus der Natur des Willens heraus deduciren ließe. Das ist auch meine Meinung, und ich würde deshalb unzweifelhaft den Precaristen ebenso wie den Pächter für einen bloßen Detentor erklären, wenn nicht im römischen Rechte das Gegentheil stände; allein eben darum hat auch schon Savigny den Besitz des Precaristen für eine kaum zu er-

Digitized by Google

klärende Anomalie angesehen, und als abgeleiteten bezeichnet. Daraus läßt sich daher nichts für die logische Natur der Verhältnisse folgern.

8. Aus dem Verhältnisse, in dem der Besitz zum Eigenthume steht, folgt von selbst, daß der Eigenthümer, wenn er im Besitze ist, neben seinem Eigenthumsrechte auch die Rechte aus dem Besitze hat und daraus klagen kann, und zwar den Eigenthumsklagen entsprechend sowohl negatorisch als recuperatorisch. Er kann sich dadurch leichter und schneller im Genusse seines Eigenthums schützen, als durch die Eigenthumsklagen, nur natürlich nicht definitiv, da dem Gegner die Eigenthumsklagen immer vorbehalten bleiben. Daß indessen dieser Dienst, den der Besitzesschutz dem Eigenthume leisten kann, eben so leicht grade umgekehrt ins Gegentheil umschlagen, sich gegen den Eigenthümer wenden und die Verfolgung des Eigenthums factisch ganz vernichten kann, ist oben gezeigt, und daraus die Folgerung gezogen, daß man jene mögliche factische Folge des Besitzesschutzes nicht zum rechtlichen Grunde desselben machen darf.

Es ist überhaupt mißlich, so bei den natürlichen Grundbegriffen und Elementen des ganzen Rechtssystems, wie Besitz und Eigenthum u. dgl., von solchen speciellen beschränkten legislativen Absichten und Zwecken des Rechts und der Gesetze zu reden. Die Begriffe sind durch sich selber und durch die Lebensverhältnisse da und werden durch kein Gesetz gemacht, sie stehen als die Grundsäulen des Rechts neben und über einander, wirken auf einander und unterstützen sich in ihren Folgen, aber jedes hat sein Princip juristisch in sich selber und im organischen Bau des Rechts, aber nicht in legislativen Specialitäten, oder gar nur zweifelhaften und gewagten legislativen Experimenten. Man darf das, was Ihering ganz passend das Zweckmoment im Rechte nennt, ja nicht zu speciell construiren, sonst geräth man in dieselbe

Digitized by Google

kleinliche und einseitige Casuistik, wie bei der teleologischen Naturauffassung. Die organische Entwicklung des Systems bildet niedere und höhere Stufen, die alle nach dem letzten Ziele, der Gesammtordnung des Rechts, streben, aber sie läßt die niederen nicht in den höheren aufgehen, sondern läßt sie als selbständige Elemente mit zwar geringerer und schwächerer, aber immer eigener und selbständiger Berechtigung bestehen. Allerdings bilden sie in ihren Folgen immer eine Unterstützung für die höheren Stufen, aber man muß sich hüten, eine wichtige und häufige Folge zum eigentlichen Grunde zu machen. Es wäre ein ähnlicher Fehler, wie wenn man bei der Person, weil sie erst im Staate zur höchsten Stufe und vollen Entwicklung ihres Rechtes kommt, alles Recht nur aus diesem ihrem staatsbürgerlichen Rechte begründen und nur in tendentiöser Beziehung zu diesem anerkennen und gestalten wollte, anstatt die Person an sich als erste selbständige Stufe der Berechtigung anzuerkennen, und die Folgen dieser Berechtigung, die staatlichen Gestaltungen, nur als mitwirkende Elemente bei ihr in Betracht zu ziehen.

Von diesem Standpunkte aus darf man auch das Wesen des Besitzes und den Grund seiner Wirkungen, namentlich seines Schutzes, nicht außerhalb seines Begriffes in der höheren Stufe der Rechtsentwicklung und dem höheren Rechtsbegriffe des Eigenthums suchen, sondern nur und lediglich in ihm selber. Und wenn man durch Speculationen verleitet sich dazu geneigt fühlt, so hat man sich immer wieder an den Fundamentalsatz unseres allgemeinen Lehrmeisters zu halten, daß der Besitz darum geschützt wird, weil:

possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet.

Digitized by Google

Quellenregister.

I. Vorjustinianische Quellen.

Agrimensores, ed. Lachmann.

16, 19 . . . . . Seite 94
44, 4 34
154, 22 94
202, 11 94
267 93

Aristotelis problemata.

29, 13 287

Breviarium Alaricianum.

Interpr. Visig. ad Cod. Theod.

2, 4, 6 89
4, 22, 1 89
4, 22, 2 95
4, 22, 6 89
11, 37, 1 89

Cassiodori Variarum lib.

4, 39, 44. 89
7, 8 89
8, 28 89

Cicero.

pro Caecina.

7, 20 . . . . . 39. 42
8, 22 42
11, 32 . . . . Seite 39. 42
14, 41 124
14, 39 127
16, 45 39
16, 46 124
28, 80 39

ad familiares

7, 13 42

Philippica

2, 12 101

Gaii inst.

4, 140 37
4, 142 38
4, 148 20
4, 166a 29
4, 170 . . . . . 32. 35.

Pauli rec. sent.

5, 6, 6 127
5, 6, 7 . . . . . 181. 210.

Symmachi epist.

10, 41 89

Theodosianus Codex.

2, 1, 8 . . . . . 90. 99
2, 4, 5 108

Digitized by Google

2, 4, 6 . . . Seite 91. 108
2, 26, 1 93
4, 22, 1 . . . . . 90. 92
4, 22, 2 95
4, 22, 4 . . . . . 89. 103
4, 22, 5 106
4, 22, 6 . . . . 89. 91. 104
9, 19, 2 87
11, 37 rubr. 89. 91
11, 37, 1 . . . . . 88. 99

Vaticana fragmenta.
90, 91 . . . . . 244. 245
249 129

II. Justinianische Quellen.

Institutiones.
2, 1, 12 290
4, 6, 4 290
4, 15, 4 . 9. 10. 175. 176. 287
4, 15, 8 53

Digesta.
4, 2. quod metus causa.
9 pr. 124. 125
17—20 260
21, 2 . . . . . 190. 203
4, 3. de dolo.
31 116
5, 3. de her. petit.
18 . . . . . 15. 16
19 . . . . . 15. 16
6, 2. de Publiciana.
9, 4 286
17 289
7, 6 si usufr. petetur.
5 pr. 287
8, 5. si servitus.
8, 5 80
12, 1. de reb. cred.
4, 2 186
12, 5 de cond. ob turp. causam.
8 . . . . . Seite 286
12, 6. de cond. indeb.
15 201
33 205
13, 3. de cond. tritic.
2 . . . . . 198. 201. 205
19, 1. de actione emti.
2, 3 129
11, 13 161
20, 1. de pignoribus.
10 286
20, 4. qui potiores in pignore.
14 286
40, 12. de liber. causa.
7, 5 19
10 19
24 pr. 19
25, 2 19
41, 2. de adqu. v. am. possess.
1, 1 290
1, 14 . . . . . 163. 164
3, 5 283
3, 7. 8. . . . 117. 137. 156.
6 pr. 119
6, 1 . . . . 137. 144. 151
7 . . . . . 137. 144. 156
18, 3. 4. . 137. 141. 151. 152
25, 2 . 126, 127. 151. 163
31 116
40, 1 115
44, 2 . . . . . 113. 118
46 . . . . . 114. 138. 151
52 pr. 237
52, 1 77
53 143
41, 3. de usurp. et usucap.
4, 22 130
4, 27 245
4, 28 130

Digitized by Google

43, 8 ne quid in loco publ.
1, 1 . . . . . Seite 22
7 40
43, 13 ne quid in flum. publ.
2, 12 40
43, 16 de vi.
1, 6 178
1, 12—15 259
1, 19 271
1, 24 138
1, 29 124
1, 31 195
1, 41 . . . . 192. 195. 196
1, 48 271
3, 6 124
3, 9 153
3, 13 . . . . . 244. 245
3, 18 271
4 . . . . . 259. 271
6 . . . . . 189. 190. 191
8 13
9, 1 245
11 31
12 . . . . . 125. 151. 155
17 153
43, 17. uti possidetis.
1 pr. 56
1, 2 . . . . . 12. 20
1, 3 20
1, 4 . . . . . 21. 27
1, 9 282
2 . . 8. 273. 282. 292. 299
3, 2—9 23
3, 2 . . . . . 31. 77
3, 3 31
3, 4 . . . . . 30. 77
3, 4—7 79
3, 11 . . . . . 57. 189. 190
43, 18. de superfic.
1. 2. 22
43, 19. de itinere.
1. 2. 22
43, 26. de precario.
2 pr. . . . Seite 181. 182
19, 2 186
43, 31. utrubi.
1 . . . . 27. 169. 175. 176
46, 3 de solution.
61 209
47, 2 de furtis.
12, 1 208
25, 1 198
59 240
47, 10 de iniuriis.
13, 7 78
14 31
48, 7 ad l. Iul. de vi priv.
2, 3 101
48, 18 de quaestionibus.
15, 2 9
50, 16 de verb. sign.
156 170
50, 17 de reg. iur.
126, 2 286
127 285
156, 1 209

Codex.

3, 6 qui legitim. pers.
3 . . . . . 89. 91. 104
3, 16 ubi de possessione.
1 98
4, 31. de compensat.
14, 2 . . . . . 207. 209
7, 32 de acqu. et ret. poss.
5 14
12 . . . . . 109. 117
7, 43 quomodo et quando iudex.
3 107
7, 69 si de moment. poss.
rubr. 89. 91
1 . . . . . 88. 99

Digitized by Google

8, 1. de interdictis.
3 . . . . . Seite 87

8, 4. unde vi.
5 93
6 95
7 210
8 . . . . . 90. 99
11 . . . . . 120. 139

8, 5 si per vim.
rubr. 133
1 . . . . . 90. 92
2 107

8, 6. uti possidetis.
1 55

III. Nachjustinianische Quellen.

Basilica.
7, 5, 78 . . . . 91. 99. 102
9, 2, 158 . . . . . 91. 102
50, 3, 56 . . . . . 91. 102
60, 17, 27 176

Gregorii M. epistolae.
7, 44 89

Isidori origines.
5, 24, 25. 33 89

Decretum Gratiani.
C. 3 qu. 1 c. 3. . . . . 221. 250

Decretales Gregorii IX.
2, 13, 18 . . . . . 219. 247
2, 19, 9 58

Constitutiones regni Siciliae.
1, 26 220

Sachsenspiegel.
2, 36, 3 . . . . Seite 231

Richtsteig.
17, 3 231

Culmisches Recht.
3, 129 232

Preußisches Landrecht.
1, 7, 144 236
1, 7, 145 149
1, 7, 146 . . . . . 227. 254
1, 7, 150 68
1, 7, 169. 170 227

Oesterreichisches Gesetzbuch.
309 227
339 . . . . . 68. 227
345 254

Code de procedure.
23 227

Codice civ. Italiano.
694 . . . . . 68. 227
695 . . . . . 227. 254. 262

Sächsisches Gesetzbuch.
190 254
205 68
206 254
208. 209 197
210 262
214 227

Strafgesetzbuch f. d. deutsche Reich.
259 247

Entwurf der deutschen Civilproceß-Ordnung.
218 6

Digitized by Google

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Gift of

John Chipman Gray

RECEIVED APR 6 1933

Digitized by Google

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Gift of

John Chipman Gray

RECEIVED APR 6 1933

Digitized by Google